GUIDA ALLO STUDIO

DEL

PROCESSO CIVILE ROMANO

del

D.r C. G. ADOLFO DI SCHEURL

PROFESSORE DI DIRITTO

PRIMA TRADUZIONE ITALIANA

sulla

seconda edizione tedesca

per

L'Avv. FRANCESCO FILOMUSI GUELFI

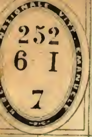
con copiose note del traduttore

NAPOLI

NICOLA JOVENE LIBRAIO-EDITORE

Strada Trinità Maggiore, 39.

1872


NAZIONALE VITT. EMANUELE
252
6 I
7

GUIDA ALLO STUDIO

DEL

PROCESSO CIVILE ROMANO

GUIDA ALLO STUDIO

DEL

PROCESSO CIVILE ROMANO

del

D.r C. G. ADOLFO DI SCHEURL

PROFESSORE DI DIRITTO

PRIMA TRADUZIONE ITALIANA

sulla

seconda edizione tedesca

per

L'Avv. FRANCESCO FILOMUSI GUELFI

con copiose note del traduttore



NAPOLI

NICOLA JOVENE LIBRAIO-EDITORE

Strada Trinità Maggiore, 39.

1872

STAMPERIA DELL' ANCORA
Nel Monastero di S. Giorgio Maggiore.

PREFAZIONE DEL TRADUTTORE.

Pubblichiamo la traduzione di questo piccolo libro di Scheurl con piena fiducia, che incontrerà il favore dei cultori del diritto romano. L' autore ha detto nella prefazione, che egli non teme che il suo compendio possa distogliere i giovani dallo studio delle classiche opere di Keller e di Puchta, ma che piuttosto esso servirà a facilitarne loro l' intelligenza. Noi abbiamo creduto di partecipare agli studiosi italiani questo vantaggio, ed a raggiungere meglio lo scopo vi abbiamo aggiunte copiose note. Noi desideriamo che l' idioma tedesco diventi patrimonio di tutti i giuristi, ma finchè ciò non avvenga è almeno segno di buona volontà il sottoporsi alla ingloriosa fatica di tradurre. Gl' italiani, che non sanno il tedesco, hanno ora nelle opere

tradotte di Puchta, Keller e Walter copioso tesoro per addentrarsi a pieno nella conoscenza del Processo civile romano, ed in questo pregevolissimo libro una guida breve ed istruttiva, come disse il Rudorff, per facilitarsi quella conoscenza.

Napoli 31 ottobre 1871.

Il traduttore

Prefazione dell'autore alla prima edizione.

Questo piccolo scritto è un ritoccamento dei §§ 37 — 58 del mio compendio delle istituzioni, allo scopo di allargarli e migliorarli per la futura edizione di esso. Io lascio ora comparire separatamente questa parte integrante del mio libro, perchè possa usarsi come filo per speciali esposizioni sul Processo civile romano, e possa servire come prima guida allo studio di questa importante dottrina giuridica anche a quei giovani, i quali per lo studio delle istituzioni in generale vogliansi servire di ben altri aiuti, che del mio compendio. Io non temo che questo piccolo libro venga per caso a distogliere alcuno dallo studio delle magistrali esposizioni del Processo civile, quali le abbiamo nel Corso delle istituzioni di *Puchta* V. 2 (ora arricchito da un tesoro di pregevoli annotazioni di *Rudorff*) e nel classico libro di *Keller*. « Il Processo civile romano e le azioni. » (Lipsia 1852 *). Io spero piuttosto che il mio piccolo libro voglia incitare i lettori a rendersi profondamente familiari queste opere. Io non poteva, che agevolare ai principianti il penetrare nelle citate esposizioni, ricchissime di contenuto, e presupponenti già profonda cognizione, e con ciò contribuire alla generale diffusione della conoscenza del Processo civile romano, senza la quale è impossibile la vera conoscenza del dritto privato romano e delle sue importantissime sorgenti.

Erlangen 11 novembre 1854.

Scheurl

---

*) 2.ª edizione 1855, 3.ª edizione 1863. Traduzione italiana, Napoli 1872.

Prefazione alla seconda edizione.

La seconda edizione di questo piccolo libro è una semplice riproduzione dei §§. 53 — 77 della quinta edizione delle mie istituzioni. I miglioramenti son dovuti principalmente alla eccellente opera di *M. A. di Bethmann-Holweg* « Il Processo civile romano » (3 vol. Bonn 1864-1866).

Erlangen 12 maggio 1868.

Scheurl

INTRODUZIONE

§. 1.

Il dritto privato non sarebbe compiutamente efficace, ove non avesse la sua difesa giudiziaria. In virtù di questa il riconoscimento del dritto può, in caso di necessità, essere ottenuto anche per forza. Secondo il diritto romano il subietto di un diritto privato ha quindi in regola la facoltà di costringere mediante azione colui che col fatto dimostra di non riconoscere il suo diritto. Con tale azione egli lo costringe ad impegnare seco lui una formale contestazione giudiziaria sul suo diritto, e ad assoggettarsi alla sentenza, che decida sulla esistenza o non esistenza del diritto contestato. Il diritto ad intentare l'azione (actio) nel senso formale dicesi anche actio (azione nel senso mate-

riale, diritto di azione (I.), e come tale è in qualche modo una parte del diritto con ciò difeso, e forma la causa dell'azione (causa proxima actionis, causa petendi).[1]

Secondo chè ora la causa dell'azione in questo senso è una obbligazione (quindi un diritto personale) o un diritto reale, anche l'azione è personale (in personam actio) o reale (in rem actio): in altri termini o è obbligata la persona stessa del convenuto ad una prestazione verso di noi, o si chiede al convenuto un obietto, che ci appartenga: una res corporalis o incorporalis, o una terza persona (un obietto giuridico personale.)[2] (II.)

L'azione personale quindi sin dal principio appartiene al creditore, esclusivamente contro una determinata persona (debitore), e nasce (nascitur), come direttamente efficace a far

[1]) Nel primo senso l'*actio* è un fatto processuale, nel secondo è il *ius* stesso che viene reclamato. Su ciò conf. *Pu.* Ist. §. 206., *De Crescenzio* Sistema §. 79. e la bella teorica dell'azione di *Arndts* Pand. §. 96. Diffuse ricerche sul rapporto dell'*actio* e dell'*obligatio* vedi nella recente opera di *Bekker*, Die Akionen des Römischen Privatrechts, Berlin 1871.

[2]) La distinzione dell'*actio in rem* ed *in personam* è la fondamentale. La rivindica di una persona *in potestatem*, *in manum* e sim. è naturalmente un'*actio in rem*. Sullo svolgimento storico di questa distinzione conf. *Keller* Processo civile §. 87 e *Puchta* Ist. §. 165.

valere il diritto, tostochè può esser preteso l'adempimento della obbligazione. L'azione reale compete al contrario a chi vi ha diritto contro ogni terzo, il quale violerà il diritto con essa difeso, e nasce (nascitur), come diritto contro un determinato terzo, allorchè questi ha realmente violato il diritto.[3]

Il dritto delle azioni (ius quod ad actiones pertinet), come parte del diritto, non comprende in sè la dottrina della Procedura giudiziaria nelle contestazioni giuridiche (Processo civile), la quale appartiene piuttosto al dritto pubblico. Tuttavia almeno i tratti fondamentali di questa dottrina sono necessarii per l'intelligenza del dritto delle azioni, e per l'intelligenza delle influenze, che i dritti privati sperimentano con la sua reale introduzione nella contestazione giuridica e col suo termine.

I.) Nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi. L. 51. de O. et A. (44, 7).

II.) In personam actio est, qua agimus, quotiens cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, contendimus, id est cum intendimus,

---

[3]) A ragione osserva *De Crescenzio* §. 80, che questi criterii non sono generali ed assolutamente necessarii per la distinzione delle *actiones in rem* ed *in personam*: il criterio fondamentale si è di vedere, se l'*actio* si fonda su un diritto reale o personale; in altri termini si debbe aver di mira la *causa petendi*.

dare facere praestare oportere. (§. 3). In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere velut utendi aut utendi fruendi, eundi agendi aquam ducendi, vel altius tollendi vel prospiciendi, item actio ex diverso adversario est negativa. Gai. IV. §. 2. 3.

I. IL PROCESSO CIVILE ROMANO SINO ALLA FINE DEL TERZO PERIODO

1.) ORDO IUDICIORUM PRIVATORUM.

Sua essenza.

§. 2.

Il Processo civile, come la Procedura giudiziaria in un ordine stabilito, atta a far valere un diritto controverso, risulta ordinariamente da una serie di atti delle parti (actor e reus) e del tribunale; atti che hanno per scopo di stabilire il vero punto della controversia, e di ricercare la verità o non verità delle affermazioni di fatto delle parti, siccome condizioni della sentenza.

L'essenza dell'ordo iudiciorum privatorum consiste in ciò, che pei casi ordinarii ha luogo una distinzione della procedura giudiziaria in Procedura in iure (in presenza e sotto la direzione del magistratus, che ha

la iurisdictio, o del suo legittimo rappresentante), ed in una procedura in iudicio (in presenza e sotto la direzione di iudices permanenti, o iudices nominati dal magistratus). La prima procedura si limita ad una preparazione del Processo, la quale dà una determinata forma giuridica ai rapporti processuali tra le parti, la seconda poi comprende tutti i rimanenti atti del Processo infino alla pronunzia della sentenza, e la sentenza stessa. [4]

Omnia iudicia aut distrahendarum controversiarum, aut puniendorum maleficiorum causa reperta sunt. Cic. pro Caec. c. 2.

Ufficio del giudice.

§. 3.

L'ufficio del giudice, in conseguenza di quest'ordine processuale, era doppio; l'officium ius dicentis (la iurisdictio) e l'officium iudicis.

[4]) Su questo punto conf. *Keller* o. c. §. 1. e specialmente *Puchta* Ist. §. 150, il quale designa chiaramente l'intervento preparatorio del magistrato in una lite privata. Benchè la divisione costituzionale del potere giudiziario non fosse a Roma rigorosamente stabilita, come nei moderni tempi, pure esso ebbe di fatto la sua indipendenza per l'istituto del *iudicium*, nel quale coloro che giudicavano, si trovavano nella valutazione del fatto e nella decisione della controversia pienamente autonomi.

La iurisdictio era o una parte costitutiva dell' imperium di un magistratus superiore: [5] in Roma competeva principalmente ai Pretori (all' urbanus ed al peregrinus, e più tardi ai Pretori stabiliti per controversie speciali), nel terzo periodo anche al Principe, ed ai nuovi magistrati, ai quali veniva affidata dal Principe la giurisdizione: in Italia ai Consulares e Iuridici; nelle Provincie ai luogotenenti (Proconsules e Praesides). Ovvero, indipendentemente e senza imperium, apparteneva al magistratus inferiore (agli Edili, ai Magistrati municipali, ai Questori provinciali e Procuratori, ed a questi sempre con limitazione ad una certa specie di controversie, ovvero ad una certa somma). [6]

---

[5]) Quanto al rapporto dell' *imperium* e della *iurisdictio* è mestieri distinguere i diversi tempi, e la duplice forma dell' *imperium*, cioè l' *imperium merum* ed il *mixtum*. Nel tempo classico del dritto romano la *iurisdictio* trovasi in connessione con l' *imperium mixtum*, mentre l' *imperium merum* designa il potere del magistrato romano, che non entra nelle controversie civili, così la *potestas gladii* o la giurisdizione penale. La *missio in possessionem* è l' esempio di *imperium mixtum*, che la *L.* 3. e la *L.* 4. *De iurisd.* (2, 1) allegano per chiarirne il concetto.

[6]) Chi non ha *iurisdictio* non ha potestà nell'amministrazione della giustizia civile. La *competenza* poi è una limitazione della *iurisdictio*, il magistrato incompetente ha in sè la *iurisdictio* in generale, ma non può esercitarla pel dato caso. La parola *competenza* è nuova; l' espressione

L'officium iudicis (il proprio ufficio del giudice) può appartenere o a un collegio permanente di giudici, ai Decemviri [7] e Centumviri, [8] in forza di una determinazione legislativa, ovvero anche ad un collegio di iudices privati, e più tardi abitualmente a singoli iudices privati, in forza di un ordine di un ius dicens, il quale li stabilisca come giudici per una determinata controversia (datio iudicis). Nel terzo periodo l'officium iudicis fu esercitato dal collegio centumvirale soltanto per eccezione, e quasi solo nelle cause di eredità, segnatamente nella querela inofficiosi testamenti; in regola poi fu attribuito a giudici privati, i quali, se le parti non

---

delle fonti a designarne il concetto è *ubi quisque agere vel conveniri debeat.* Queste parole designano la competenza nel duplice rapporto delle parti; dell'attore, cioè, e del convenuto. Conf. specialmente *Pu.* o. c. §. 152.

[7]) I *Decemviri* erano *magistratus minores*. Conf. *Lange* Römische Alterthümer §. 79. e §. 88. Se la distinzione del *ius* e del *iudicium* debbe ritenersi come originaria (*Keller* Pro. civ. §. 2.), è mestieri ritenere che prima della istituzione dei *Decemviri* il collegio dei pontefici esercitasse in gran parte l'*officium iudicis*. Su ciò conf. *Pu.* Ist. §. 41.

[8]) Intorno all'origine del tribunale dei *Centumviri* e dei *Decemviri* regna grande incertezza. Quel che sembra indubitato è la precedenza storica del secondo sul primo. *De Crescenzio* opina, che l'origine dei *Centumviri* debba riportarsi non prima della cacciata dei Tarquinii. Conf. *Kel.* o. c. §§. 5. 6. *Pu.* o. c. §. 143.

si accordavano a chiedere altre persone, erano presi dal Senato, e, dai tempi di Augusto in poi, da un Album iudicum selectorum, riformato ogni anno. [9]

In certe cause, che riguardavano un interesse pubblico, erano nominati Recuperatores per giudici. [10] Col nome di Arbiter è designato il giudice, il quale debba emettere una libera decisione (non una semplice sentenza sulla esistenza o non esistenza del diritto controverso); il che segnatamente avveniva nei bonae fidei iudiciis. [11]

---

[9]) Sembra che l'autore ammetta con *Pu.* o. c. §. 153. l'originaria facoltà delle parti di scegliere d'accordo un *Iudex* senza limitazioni a certe persone, il che è contraddetto dal *Keller* o. c. §. 9. Ai tempi degli imperatori la cooperazione delle parti alla nomina del *Iudex* si ridusse ad un semplice dritto di ricusa. Conf. *Keller* o. c., e specialmente *Puchta* l. c.

[10]) L'istituto dei *Recuperatores* è in rapporto coi trattati di alleanza tra Roma ed altri popoli. *Mommsen* Storia Romana Lib. 7. Cap. XI. afferma, che nella lega perpetua tra Romani e Latini si stabilì, che tutti i trattati conchiusi tra Romani e Latini avessero forza di legge, e che fosse ordinata una forma sbrigativa di procedura per *Recuperatores*. I *Recuperatores* dovrebbero essere considerati, secondo questo scrittore, come un tribunale di commercio e di fiera, composto di giudici di amendue gli stati con l'aggiunzione di un presidente. Conf. in generale *Kel.* o. c. §. 8.

[11]) L'antitesi tra l'*Arbiter* ed il *Iudex* è spiegata nel concetto dell'*Aequitás* e dello *strictum ius*. Conf. *Kel.* o. c. §. 7. L'antitesi con lo svolgimento del diritto romano

Procedura in iure.

§. 4.

La Procedura in iure contiene in regola la sola ordinatio iudicii. [12] Essa ha luogo pubblicamente davanti al tribunale del magistrato. Le parti debbono a voce presentare le loro proposte (postulare) o personalmente o mediante patrocinatori adatti, condotti da loro ed ammessi a postulare a norma dell' Editto. [13]

---

venne sempre più a rendersi meno spiccata, ma l' *aequius melius*, che negli *Arbitria* veniva illimitatamente in considerazione, spiega il concetto fondamentale ed originario del proprio ufficio dell'*Arbiter*. Vedi anche *Pu.* o. c. §. 153.

[12]) Con l' *ordinatio iudicii* il processo è formalmente organizzato. Questa organizzazione formale, modernamente organizzazione della istanza, fissa il rapporto processuale tra le parti, e determina la quistione giuridica, che reclama la decisione. Conf. *Pu.* o. c. §. 150.

[13]) Il *postulare pro aliis* è ufficio del *patronus, orator, advocatus*. L' *advocatus* dà pareri sulla quistione *(ius suggerit)*, o colla sua autorità cerca favorire la parte, che ne invoca l' aiuto *(praesentiam commodat amico)*. Il *patronus, orator* si briga della esposizione delle pretese e difese delle parti. L' ufficio dell' *orare* in senso proprio è dunque del *patronus, orator*, quello del *suggerire ius* dell' *advocatus*. Nel terzo periodo, come nota *Puchta*, l' ufficio dell' *orator* fu assunto anche dall' *advocatus* ed allora le tre espressioni divennero equivalenti, e scomparve l' ufficio dell' *advocatus* nell' antico senso. Conf. *Pu.* o. c. §. 155. L'ufficio dell' *advocatus* era considerato di tanta importanza per

L' attore ha la facoltà di chiamare da sè l'avversario innanzi al tribunale (in ius vocare): questi dee seguirlo, ovvero presentare un altro, che meni il Processo, come suo, un vindex. Contro l' avversario, che si ricusa, è dato all'attore la manus iniectio. In luogo di questa l' Editto pretorio accordò un' azione per una pena in danaro. [14]

In iure l'attore doveva contemporaneamente dichiarare al convenuto quale azione volesse intentare (edere actionem), e doveva dargli un termine per proseguire la trattazione, in seguito a promessa, da prestarsi ordinariamente con mallevadori, di comparire nel termine stabilito (vadimonium). La editio actionis ed il vadimonium potevano già fin dal tempo di Cicerone avvenire anche stragiudizialmente, ed il Processo poteva introdursi senza in ius vocatio, e quindi senza vindicis datio. Soltanto più tardi fu introdotta a ciò una stragiudiziale Litis denuntiatio, la quale doveva

---

l' interesse della giustizia, che ove la parte non avesse potuto trovarlo a causa dell' alta posizione dell' avversario, o per altre ragioni, veniva dato dal Pretore; quindi le parole dell' Editto: *Si non habebunt advocatum ego dabo, L.* 1. §. 4. *de post.* (3, 1).

[14]) Da questa multa erano esenti i rustici: *Si quis in ius vocatus non ierit: ex causa a competenti iudice multa pro iurisdictione iudicis damnabitur: rusticitati enim hominis parcendum erit. L.* 2. §. 1. *Si quis i. i. voc.* (2, 5).

avvenire con la denuncia dell' azione dinanzi ai testimoni, e le parti erano personalmente obbligate a comparire, dopo un certo termine, dinanzi al tribunale. [15]

In conformità dello scopo della procedura in iure, le ragioni e le difese dovevano trattarsi esclusivamente in una determinata forma: il che avveniva originariamente mediante Legis actiones, e dalla Lex Aebutia abitualmente mediante Formulae scritte.

Legis Actiones.

§. 5.

La Legis actio è una trattazione dinanzi al magistratus (superiore) tra due parti, venute in contestazione su un diritto privato. Tale trattazione fondasi su di una legge, e mediante solenni parole, che le parti pronunziano a preferenza da loro, (ed anche mediante atti simbolici) la controversia è menata a termine tra di loro e con la cooperazione del magistratus, ovvero è ordinato un Iudicium, se a ciò si renda necessario (I.).

L' ordinamento del iudicium avviene in re-

---

[15]) La *litis denuntiatio* appartiene dunque al terzo periodo. La denuncia dell' azione si sostituì all' *Editio actionis*. Conf. *Kel.* o. c. §. 48. e *Pu*. §. 160, in fine.

gola sacramento, ed eccezionalmente in speciali casi determinati dalla legge, parte per iudicis arbitrive postulationem, parte per condictionem, parte per manus injectionem, parte per pignoris captionem (II.). Questa quinta legis actio è poi tale soltanto impropriamente.

Le legis actiones furono anche usate per dare forma solenne ad un negozio giuridico, simulando una controversia giudiziaria. La cooperazione del magistrato a tali legis actiones chiamossi iurisdictio voluntaria, siccome quella, che seguiva assolutamente il volere (concorde) delle parti (in antitesi alla iurisdictio contentiosa). Anche la iurisdictio voluntaria compete solo ai magistrati superiori. [16]

I.) Actiones, quas in usu veteres habuerunt, Legis actiones appellabantur, vel ideo quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, vel ideo, quia ipsarum legum verbis accomodatae erant, et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. Gai. IV. §. 11.

---

[16]) Nella *iurisdictio voluntaria* adunque l'intervento del magistrato non è provocato da un litigio; ma questo è simulato: così p. es. avviene nella *cessio in iure*, nelle *manumissiones* ec.

II.) Lege autem agebatur modis quinque, sacramento, per iudicis postulationem, per condictionem, per manus injectionem, per pignoris captionem. Ibid. §. 12.

Delle differenti specie della legis actio.

§. 6.

Gai IV. §§. 11—29.

1) Sacramento lege agebatur *, se ambedue le parti deponevano la summa sacramenti di 500 o di 50 assi (in sacro deponebant), ovvero, più tardi, se davano dei garanti al Pretore pel pagamento di questa somma. Ciò avveniva in modo, che la somma della parte succumbente ricadeva all' erario.

Prima della reciproca sfida alla introduzione della lite mediante sacramentum (provocatio sacramento) ognuna delle parti diceva con solenni parole ciò che essa affermava, e su' cui il tribunale giudicante era chiamato a decidere mediante la sentenza.

Nelle in rem actiones queste reciproche affermazioni dicevansi vindicatio e contra-

* *Stintzing*, sul rapporto della *Legis actio sacramento* alla Procedura mediante *Sponsio praeiudicialis*. 1853. *M. S. Mayer ad Caji Inst. comm.* IV. §. 48. commentatio. 1853.—Vedi poi in contrario *Römer* nella rivista critica vol. II, fascicolo 3. (1855) N. XIII.—Nota dell' autore.

vindicatio (Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio); abitualmente esse erano accompagnate dal vindictam imponere.

Il magistrato ordinava indi lo stato di fatto (il possesso) per la durata del iudicium (vindicias dicebat); nei Processi sulla libertà, i quali dovevano essere sempre condotti da un assertor in libertatem invece del litigante, di cui si contestava la libertà, le vindiciae erano sempre secundum libertatem. Con ciò era determinato chi dovesse adempiere nel iudicium le parti di attore, e chi le parti del convenuto.

Nella vindicatio dei fondi la legis actio era introdotta per mezzo dell'ex iure manum consertum vocare.

Nelle actiones in personam la risposta è semplicemente negativa; nelle actiones de servitutibus non solo la risposta, ma anche la prima affermazione può essere negativa [17] (I.).

2) Senza sacramentum lege agebatur:

---

[17]) Su tutto ciò conf. *Keller* o. c. §§. 13. e 14. I modelli delle due principali specie dell' *Actio sacramento*, cioè dell' *Actio in rem* ed *in personam*, che questo autore ci offre, pongono materialmente sotto l'occhio il dialogo solenne dell' attore e del convenuto. Il *De Crescenzio* nelle sue pregevoli note in *Keller* reca la completa ricostruzione dell' *actio in rem* (n.ª a. P. 49).

a) per iudicis arbitrive postulationem („ te, praetor, iudicem arbitrumve postulo uti des „), [18] dove la qualità della cosa richiedeva un Arbitro (arbiter; vedi §. 3. in fine). [19]

---

[18]) Sventuratamente la pagina di Gaio, che parla di questa seconda *legis actio* è andata perduta. Valerio Probo ne dà la formola *iudicem arbitrumve postulo uti des* con le note iniziali *T. I. A. V. P. V. D.* La prima lettera che taluni prendono per *P.*, è variamente interpetrata. *Keller* o. c. §. 17. legge *TPR.* e spiega *Te Praetor*, come fa anche il nostro autore. *Rudorff* (n. in *Puchta*) ritorna alla parola *tempori*, poichè si sarebbe dovuto dire *abs te*, secondo la costruzione del verbo *postulo*, ma *Keller* rimanda ai dizionarii per combattere questa obiezione: difatti in questi si adduce un esempio di Cicerone, nel quale il verbo *postulo* è costruito con due accusativi « *Orationes me autem duas postulas* » *Cic. Att. l. 2. ep. 7.* La interpetrazione del *Keller* e del nostro autore ci sembra senza dubbio da preferirsi.

[19]) Questa seconda *legis actio* deve essere tanto antica quanto la prima. Le parole *iudicem arbitrumve* dimostrano che in origine l'antitesi tra l'*arbiter* ed il *iudex* non era riconosciuta. Nei processi *per Sacramentum* il *iudicium* si demandava ai collegii permanenti, fu quindi indifferente che in questa seconda forma di Procedura il giudice privato si dicesse *iudex* o *arbiter*. Ciò è esposto assai bene da *Keller* o. c. §. 17. — La sfera di questa seconda *Legis Actio* in generale è dunque determinata dall' ufficio dell'*Arbiter*, il quale si svolge ove si richiede un largo ed equo apprezzamento della quistione. L'obietto della lite, che nella *legis actio sacramento* non poteva essere che una *res certa*, una *pecunia certa*, qui poteva essere anche un *incertum*. La *iudicis seu arbitri postulatio* dovè comprendere tutti i pro-

b) per condictionem (invito all'avversario di trovarsi nel trentesimo giorno ad iudicem capiendum); secondo una Lex Silia nelle actiones in personam dirette ad una certa pecunia, secondo una Lex Calpurnia nelle actiones in personam de omni certa re. [20]

---

cessi di obbligazione, in cui si dovesse decidere *salva fide*, e di più tutte le obbligazioni, il cui obietto fosse un *facere*, un *praestare* o un *dare* di un *incertum*. Conf. *De Crescenzio* Sistema, Vol. 1. P. 288 (Napoli 1869) — Anche in questa *legis actio* noi dobbiamo pensare ad una scambievole e reciproca domanda del *iudex* da amendue le parti: quindi alla domanda dell'attore con le parole citate dovevano seguire le parole del convenuto « *similiter ego iudicem arbitrumve postulo uti des.* » *De Cre. l. c.*

[20]) La *legis actio per condictionem* per la perdita della pagina di Gaio è forse la meno conosciuta nei suoi particolari. Quale fu il motivo della sua introduzione? Gaio ne dice, che se ne faceva quistione già a suo tempo. In ogni modo dovè essere il bisogno di una Procedura meno formalista che quella *per sacramentum*. Dapprima le obbligazioni per una *certa pecunia* (per la *Lex Silia* forse intorno l'anno 510) indi le obbligazioni *de omni certa re* (per la *Lex Calpurnia* forse dell'anno 520) furono trattate con questa forma di procedura. Ora s'incomincia a mostrare l'antitesi tra il *iudex* e l'*arbiter*, poichè il *iudex* della *legis actio per condictionem* non ebbe la lata sfera del giudice della *legis actio per iudicis seu arbitri postulationem*. Quando queste due *legis actiones* erano amendue in uso, il giudice della prima fu un vero *iudex*, quello della seconda un vero *arbiter* (conf. precedente nota). Veramente dopo la *Lex Pinaria* il *iudex* nel suo proprio ufficio si trova anche nella *legis actio sacramento;* ma è da ritenere con

c) per manus iniectionem (presa simbolica dell'avversario, accompagnata da parole solenni indicanti il motivo delle azioni): nelle azioni contro un debitore giudicato o da trattarsi come giudicato [21] (conf. §. 21.).

d) per pignoris captionem (pegno stragiudiziale e privato, accompagnato da parole solenni): nei crediti speciali che riferisconsi al ius publicum ed al ius sacrum [22] (II.).

Puchta, che in questo caso le parti si fossero messe preventivamente di accordo. *Pu.* o. c. §. 162. n. d. Conf. *Keller* §. 14. L'*actio sacramenti* perdè dunque tutta la sfera delle obbligazioni, e rimase in generale nelle *vindicationes.* La *legis actio per iudicis seu arbitri postulationem* rimase per le obbligazioni il cui obietto fosse un' *incertum.* Il *iudicium* che si organava con la prima *legis actio* era demandato ai giudici permanenti (dopo la *Lex Pinaria* anche ad un giudice unico), quello, che si ordinava colla seconda all' *arbiter*, infine il *iudicium* dietro la *legis actio per condictionem* era menato al *iudex.* Conf. *Keller* o. c. §. 18. e §. 21.

[21]) Cioè contro il *iudicatus* ed il *confessus.* Le solenni parole usate erano: *Quod tu mihi iudicatus sive damnatus (Keller* vi aggiunge o *confessus) es, ob eam rem ego tibi sextertium decem milium iudicati manus inicio.* Per le ulteriori applicazioni e specialità conf. *Keller* o. c. §. 19. e *Pu.* Ist. §. 162.

[22]) La *Pignoris capio* dunque era una esecuzione patrimoniale, stabilita per eccezione, in certi rapporti obbligatorii attinenti al dritto pubblico. Certi casi furono introdotti per costume *(de quibusdam moribus)*, così nel credito del soldato pel suo stipendio, de' cavalieri pel cavallo e pel foraggio, da prestarsi dalle vedove, orbi ed orfani:

I.) Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in ius adferri adducive possent, in iure vindicabantur ad hunc modum: qui vindicabat, festucam tenebat, deinde ipsam rem adprehendebat, velut hominem, et ita dicebat: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM. SICUT DIXI, ECCE, TIBI VINDICTAM IMPOSUI, et simul homini festucam imponebat; adversarius eadem similiter dicebat et faciebat; cum uterque vindicasset, praetor dicebat MITTITE AMBO HOMINEM; illi mittebant; qui prior vindicaverat, ita alterum interrogabat: POSTULO ANNE DICAS QUA EX CAUSA VINDICAVERIS; ille respondebat: IUS PEREGI SICUT VINDICTAM IMPOSUI; deinde qui prior vindicaverat, dicebat: QUANDO TU INIURIA VINDICAVISTI D AERIS SACRAMENTO TE PROVOCO; adversarius quoque dicebat simiter EGO TE; seu L. asses sacramenti nominabant; deinde eadem sequebantur quae cum in personam ageretur; postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti, quod id in publicum cedebat. Gai. IV. §. 16.

II.) Ex omnibus autem istis causis certis verbis pignus capiebatur, et ob id plerisque placebat hanc quoque actionem legis actionem esse; quibusdam autem non placebat, primum quod pignoris captio extra ius

---

certi altri casi dalla legge *(de quibusdam lege)*; così pel prezzo non pagato di un *hostia*, per la mercede non pagata delle locazioni di un animale, ove essa dovesse spendersi pei sacrificii *(in sacrificium, in dapem)*.

peragebatur, id est non apud praetorem, plerumque etiam absente adversario, cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti possent, quam apud praetorem praesente adversario; praeterea nefasto quoque die, id est quo non licebat, lege agere, pignus capi poterat. Ibid. §. 29.

Formulae.

§. 7.

Una Lex Aebutia (probabilmente prima del 550) introdusse una nuova ordinatio iudicii [23] accanto alle legis actiones, che mediante le leges Iuliae furono limitate a due casi, di cui praticamente importante fu quello di un centuvirale iudicium. [24] È questa la

---

[23]) Il transito dall'antica alla nuova forma processuale manifestasi nelle *sponsiones*, già usitate nell'antico sistema. La *sponsio* nel suo essenziale concetto appartiene ai rapporti contrattuali: dapprima potè essere usata liberamente dalle parti per dare forma ed azione civile ai rapporti giuridici, che non l'avevano; poscia il Pretore in virtù del suo *imperium* potè ordinare alle parti una *sponsio*. Questo spiega il concetto di *De Crescenzio* nella nota in *Keller* §. 27. La *Sponsio* conteneva una obbligazione al pagamento di una somma colla condizione della esistenza o non esistenza dei fatti allegati. Essa dunque dava forma giuridica ad una scommessa, e chi la perdeva, perdeva la lite. Conf. *De Crescenzio* Sistema, vol. 1. P. 292. *Kel.* §§. 25—27. *Pu.* §. 80. e §. 168.

[24]) I due casi furono: quello del *iudicium centumvirale* ricordato e del *damnum infectum* Conf. *Pu.* §. 163.

ordinatio iudicii per concepta verba o per formulam, cioè mediante un ordine scritto del magistrato, in cui egli nominava uno o più iudices per la decisione della causa, e nella forma di una istruzione al giudice designava più o meno esattamente le condizioni della sentenza da emettersi dietro la proposta dell'una o dell'altra parte; e con ciò contemporaneamente designava e l'obietto della ricerca giudiziaria, e l'obietto della eventuale sentenza. Il magistrato adunque prestabiliva il punto della controversia ed (ipoteticamente, ed anche indeterminatamente per la maggior parte del quantitativo) il contenuto della sentenza [25] (I.).

In quanto la formula si fonda sulle proposte dell'attore, essa può avere le seguenti diverse partes: demonstratio, intentio, adiudicatio, condemnatio (II.).

Le due parti principali sono l'intentio, che esprime la causa dell'azione (il dritto, dal quale la domanda deriva [26]), in quanto chè diretta-

[25]) Il magistrato era qui più libero ed attivo. Esso stabiliva, benchè con la cooperazione delle parti, il vero punto della quistione giuridica. Questa forma di Procedura assicurò al magistrato la influenza sul posteriore svolgimento del dritto romano. Quanto ai rapporti di essa col *Ius gentium* e col *Praetor peregrinus*, vedi *De Cre.* o. l. c. ed in generale *Pu.* §. 163.

[26]) L'*intentio* esprime la *causa petendi* (*Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sextertium decem milia dare*

mente o indirettamente costituisce la giudiziaria persuasione dell'esistenza del diritto, come condizione della condanna del convenuto, e la condemnatio, la quale dà la facoltà al giudice, nell'esistenza dei presupposti designati nell'intentio, di condannare o di assolvere il convenuto, indicando contemporaneamente nel primo caso a che debba condannarlo. [27]

Dove era necessaria una più esatta designazione del punto di fatto, base del diritto preteso, essa seguiva in una demonstratio, preposta all'intentio. Una pars formulae, che interveniva solamente nelle azioni di divisione, si era l'adiudicatio, la quale dava facoltà di aggiudicare ad una delle parti, ciò che dell'obietto da dividersi dovesse d'allora in poi appartenerle esclusivamente. [28]

---

oportere). L'esistenza o non esistenza di questa causa determina la condanna o l'assoluzione del convenuto.

[27]) La *condemnatio*, come parte integrante della *formula*, contiene l'alternativa, diretta al giudice, della condanna o dell'assoluzione del convenuto a seconda della esistenza della *causa petendi*, espressa nell'*intentio* (conf. precedente nota). E poichè la *sententia*, come atto del *iudex*, *aut absolutionem aut condemnationem continet*, si spiega quel che dice *Savigny*, che la *formula* è una sentenza condizionata alla esistenza o non esistenza dei fatti allegati. Le parole della *condemnatio*, come *pars formulae*, erano « *Si paret . . . . condemna, si non paret absolve* ». Conf, *Keller* §. 39. *Puchta* §. 166.

[28]) Gaio (testo II.) ricorda le tre azioni di divisioni,



La condemnatio è sempre diretta ad una somma in danaro, e questo può essere anche sempre l'obietto della pretensione (III.).

I.) Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt. Namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui nimium errasset, litem perderet. itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est, per formulas litigaremus. Gai. IV. §. 30.

II.) Partes autem formularum hae sunt: demonstratio, intentio, adiudicatio, condemnatio. (§. 40) Demonstratio est ea pars formulae, quae praecipue ideo inseritur, ut demonstretur res, de qua agitur; velut haec pars formulae: QUOD AULUS AGERIUS NUMERIO NEGIDIO HOMINEM VENDIDIT. item haec: QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM HOMINEM DEPOSUIT.

---

actio communi dividundo, *familiae erciscundae*, *finium regundorum*, come le sole nelle quali avesse luogo l'*adiudicatio*. Questo potere del *iudex* di *adiudicare quantum adiudicari oportet* era così esteso da potere nel *iudicium familiae erciscundae* e *communi dividundo* attribuire ad uno dei coeredi o condomini l'*ususfructus* all'altro la *nuda proprietas*. *Constituitur adhuc ususfructus*, *et in iudicio familiae erciscundae*, *et communi dividundo*, *si iudex alii proprietatem adiudicaverit alii usumfructum. L.* 6. §. 1. *De usus.* (7, 1). *Officio iudicis etiam talis adiudicatio fieri potest*, *ut alteri fundum alteri usumfructum adiudicet. L.* 6. §. 10. *Com. div.* (16, 3). *Iulianus ait si alii fundum*, *alii usumfructum fundi adiudicaverit non communicari usumfructum. L.* 16. §. 1. *Fam. erc.* (10, 2).

(§. 41). Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit. velut haec pars formulae: SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE. item haec: QUIDQUID PARET N. N. A. A. DARE FACERE OPORTERE. item haec: SI PARET HOMINEM EX IURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE. (§. 42) Adiudicatio est ea pars formulae, qua permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus adiudicare: velut si inter coheredes familiae erciscundae agatur, aut inter socios communi dividundo, aut inter vicinos finium regundorum, nam illic ita est: QUANTUM ADIUDICARI OPORTET, IUDEX TITIO ADIUDICATO. (§. 43) Condemnatio ea pars formulae, qua iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur. velut haec pars formulae: IUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SEXTERTIUM X MILIA CONDEMNA: SI NON PARET ABSOLVE. item haec: IUDEX N. N. A. A. DUMTAXAT X MILIA CONDEMNA: SI NON PARET ABSOLVITO. item haec: IUDEX N. N. A. A. CONDEMNATO; ut non adiciatur: X MILIA *) Ibid. §§. 38 — 43.

III.) Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est, itaque etsi corpus aliquod petamus, velut fundum, hominem, vestem, aurum argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, ut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat. Ibid. §. 48.

---

*) Così probabilmente è qui da leggersi. Conf. *Pu.* Ist. II. §. 166. e. — Nota dell' autore.

Diverse specie di Formulae.

§. 8.

Gai. IV. §§. 39—62. Tit. I. de actionibus (4, 6).

La principale differenza delle Formulae si è, che esse o sono concepite in ius o in factum. [29]

Le formulae sono concepite in ius se nell'intentio è espresso il rapporto giuridico, che dee essere condizione della condemnatio; con altre parole se l'intentio è una iuris civi-

---

[29]) Le *formulae in factum conceptae* precedettero o seguirono le in *ius conceptae ?* Ove si ammetta che il processo formulario trovasse la sua originaria applicazione nella giurisdizione dei peregrini la *formula* usata per essi non avrebbe potuto essere che una *formula in factum concepta.* Ma ciò si rannoda alla risoluzione di un altro quesito storico, che secondo *Keller* (§. 17.) non è risoluto, cioè che le *legis actiones* fossero inapplicabili nelle controversie dei non cittadini. Ecco perchè il *Keller* stesso (§. 33.) parla delle *actiones in factum conceptae* come una posteriore formazione. Ma anche ammettendo che le *formulae in factum* fossero le prime usate presso i peregrini, quando il processo per *formulas* entrò nell'organismo giudiziario civile e nelle applicazioni tra *cives*, in rapporto a questi dovè usarsi prima la *formula in ius concepta* e poi la *in factum.* Conf. *De Crescenzio* Sist. Vol. I. P. 292. *Keller* o. c. §. 33. ed anche *Pu.* §. 165.

lis intentio, poichè, in senso stretto, non vi ha rapporto giuridico pretorio. [30] (I.).

Secondochè l'azione è personale o reale (§. 1), anche l'Intentio è in personam o in rem concepta; cioè con menzione o no del convenuto; imperciocchè nella prima e non nella seconda è necessario esprimere la causa dell'azione (II.).

Soltanto la negatoria actio, se bene in rem actio, ha una intentio, nella quale è nominata la persona del convenuto; perchè tale intentio non esprime che indirettamente la causa dell'azione, ed abitualmente mediante diretta negativa di un diritto del convenuto, che si oppone al diritto preteso:

> *si paret, ius No. No. non esse utendi fruendi fundo illo invito Ao. Ao.*

Anche questa intentio è poi in rem concepta, in quanto chè essa disegna il rapporto giuridico, di cui si tratta, come un rapporto reale, e non come un rapporto personale tra attore e convenuto.

Le formulae in rem conceptae sono sempre certae; le in personam conceptae sono parte certae, se il contenuto della obbligazione è il dare di una determinata somma

---

[30]) Nella *formula in factum concepta* la regola del rapporto, che *ex iure quiritium* non è giuridico, e che si vuol far valere *in iudicio*, fondasi sull'*imperium*. Vedi *Kel.* §. 33.

in danaro, o il dare di un determinato obietto (cosa o diritto); ed in ciò per dare debbe intendersi, che il creditore possa vindicare l'obietto, da darsi, come suum (ex iure Quiritium). [31] In altro caso le formulae in personam conceptae sono incertae. La intentio quindi o è concepita al dare oportere o al dare facere oportere. [32]

Di qui segue, che le actiones in personam o sono condictiones certi, o condictiones triticiariae, o infine parte condictiones incerti, parte actiones nello stretto senso della parola. [33]

---

[31]) L'obbligo *ad dandum* implica, in altri termini, il trasferimento della proprietà quiritaria con la garentia della *Rei vindicatio*.

[32]) L'*intentio* nelle obbligazioni *ad dandum* ha la parola *dare*, nelle obbligazioni *ad faciendum* le parole *dare facere* ed infine nelle obbligazioni *ad praestandnm* l'espressione *damnum decidere* o *dare facere oportere*. Sulla differenza delle parole *dare*, *facere*, *praestare* vedi *Pu.* §. 269. In generale conf. lo stesso autore §. 165. e *Kel.* §. 25.

[33]) Il nome di *condictio* deriva dalla *legis actio per condictionem*, che presupponeva la *pecunia certa* (secondo la *Lex Silia*) e la *res certa* (secondo la *Lex Calpurnia*). Il *certum* può dunque consistere o in una *adnumerata pecunia* o in un altro determinato obietto (*fundum cornelianum, hominem Stichum* ec.): ogni altro obietto di obbligazione è un' *incertum*. Il concetto della *condictio triticiaria* è controverso. *Puchta* presuppone, che solo la *pecunia adnumerata* costituisse un vero *certum* nel senso dei giuristi romani, e che quindi l'azione diretta al *dare* di un

Tra le formulae in ius conceptae in personam, derivanti da contratti o altri rapporti simiglianti, talune contenevano un' avvertenza al giudice, di condannare soltanto a ciò, che egli trovasse che il convenuto debba all' attore, apprezzando il rapporto giuridico secondo la buona fede (ex fide bona).

Bonae fidei actiones (o iudicia) sono: l'actio fiduciae, ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, rei uxoriae, commodati, pignoraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis de aestimato ed ex permutatione.

---

altro obietto determinato, che non fosse il danaro, si dicesse *condictio triticiaria*, e *Waechter* ciò spiega per l' elemento incerto, che sopravveniva nella *condemnatio* per la valutazione in danaro dell' obietto controverso. Nella obbligazione di *dare* il cui obietto è il grano (*triticum*) ciò si avvera a preferenza, quindi il nome di *condictio triticiaria*. Questa dunque sarebbe secondo *Puchta* una *condictio media* tra la *condictio certi* ed *incerti*, ed anzi, a noi pare, che così essa si accosterebbe alla *condictio certi*. *Savigny* pone in questa espressione generale tanto la *condictio certi* (salvo il caso di *adnumerata pecunia*) quando la *condictio incerti*, citando la *L.* 1. *De cond. trit.* (13, 3), ed è in ciò seguito da *De Crescenzio*. Invece ci pare che il nostro autore si accosti alla teoria di *Puchta*. Conf. *Pu.* §. 165. *Sav.* Sist. Ag. XIV. *De Cre.* Sist. Vol. I. P. 219. Recenti ricerche sull'*a.*° *triticiaria* vedi in *Bekker*. Die Aktionen des Römischen Privatrechts P. 100 s.[1]

Tutte le altre azioni di questa specie (per conseguenza solo le actiones in personam, in ius conceptae, ex contractu o quasi ex contractu, senza l'aggiunta ex fide bona nell'intentio) diconsi stricti iuris actiones (espressione equivalente al nome di condictiones).

Soltanto nella certa formula è possibile una pluris petitio (re, tempore, loco ovvero causa). La pluris petitio consiste in ciò, che l'attore formuli l'intentio, come se il suo diritto fosse più esteso, di quel che non sia veramente. Ciò ha per conseguenza, che egli decade dalla causa (causa cadit), cioè che il convenuto è assoluto. [34]

Solo una certa formula in personam ha poi una demonstratio, che preceda l'intentio, e la chiarisca, indicando il motivo di fatto dell'azione. Ad essa è aggiunta o sostituita (III.) una praescriptio pro actore (non pro reo §. 11.), colla quale l'attore si protesta di far valere nell'attuale processo soltanto una parte del suo diritto. [35] (Gai IV. §§. 130. 132. 134. 137).

---

[34]) Conf. *Keller* §. 44.

[35]) Essa dunque può essere stabilita per evitare le conseguenze pregiudizievoli della *consumptio* dell'intera *actio*: p. es. chi ha un credito di un *incertum*, di cui solo una parte è scaduta, potrà riuscire alla condanna del

Se il negozio giuridico, di cui si contende. non ha alcuna appellatio iure civili prodita ponesi la demonstratio praescripta verba, che indica il motivo di fatto dell'azione. Tali azioni diconsi quindi actiones praescriptis verbis o civiles in factum actiones in antitesi dei iudicia prodita o vulgares actiones.

Da queste debbonsi distinguere le in factum actiones, assolutamente prese, le quali hanno una formula in factum concepta, cioè una formula senza iuris civilis intentio, ed in generale senza una intentio propriamente detta. In esse in luogo della vera intentio e della demonstratio ponesi una affermazione, che è detta intentio solo impropriamente, e che designa il puro fatto, la cui evidenza o non evidenza dee essere la condizione della condanna o dell'assoluzione.

Anche in esse può aver luogo una pluris petitio con l'effetto di sopra ricordato.

Tanto le actiones in rem, quanto le actiones in personam potevano essere concepite in factum. Era questa la forma più co-

---

convenuto per la parte scaduta, ma con ciò l'*A.*° è *consumpta*. Per limitare l'attuale *iudicium* alla parte scaduta, e riserbarsi l'altra ad un futuro *iudicium* ottiene la *Praescriptio: Ea res agatur, cuius rei dies fuit, Gai* (testo III.) Conf. *Kel.* §. 41. *Pu.* §. 164.

moda per concedere le honorariae (praetoriae ovvero aediliatiae) actiones. Però l'editto conteneva, anche per talune obbligazioni di dritto civile, formulae in factum conceptae accanto alle formulae in ius conceptae, come viceversa anche le honorariae actiones potevano essere conceptae in ius: imperciocchè, mediante una fictio aggiunta, il rapporto di fatto sufficiente per un actio honoraria era equiparato al rapporto di dritto, necessario per l'analoga azione civile [36] (IV. V.).

Una azione, alla quale è data una più estesa applicazione mediante una formula fictitia, dicesi utilis actio: nella sua originaria e semplice applicazione dicesi directa actio *). [37]

[36]) Ecco in rapporto al deposito i modelli della *formula* in *factum* ed *in ius concepta*; secondo Gaio (testo I.).

In ius	*In factum*
N. N. Judex esto. Quod A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N.m N.m A.o A.o dare facere oportet ex fide bona,	*N. N. iudex esto, si paret A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuit, eamque dolo malo N.i N.i A.o A.o redditam non esse.*
eius iudex N. N. A.o A.o condemnato nisi restituat, si non paret, absolvito.	*quanti ea res erit tantam pecuniam N. N. A.o A.o condemnato s. n. p. a.*

*) Sulle *directae actiones* in antitesi alle *contrariae actiones* conf. *Pu. Ist.* III. §. 262. in fine — Nota dell'autore.

[37]) Su tutto ciò conf. in generale *Keller* §§ 30 e 31.

I.) Sed eas quidem formulas, in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas vocamus, quales sunt, quibus intendimus, nostrum esse aliquid ex iure Quiritium, aut nobis dare oportere, aut pro fure damnum decidere oportere: in quibus iuris civilis intentio est. (§. 46.) Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est, in quibus nulla talis intentionis conceptio est: sed initio formulae nominato eo quod factum est, adiiciuntur ea verba per quae iudici damnandi asolvendive potestas datur, qualis est formula, qua utitur patronus contra libertum, qui eum contra edictum Praetoris in ius vocat: nam in ea ita est: RECUPERATORES SUNTO. SI PARET, ILLUM PATRONUM AB ILLO LIBERTO CONTRA EDICTUM ILLIUS PRAETORIS IN IUS VOCATUM ESSE, RECUPERATORES ILLUM LIBERTUM ILLI PATRONO SESTERTIUM V *) MILIA CONDEMNATE: SI NON PARET ABSOLVITE. — — et denique innumerabiles eiusmodi aliae formulae in albo proponuntur. (§. 47) Sed ex quibusdam causis Praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, velut depositi et commodati: illa enim formula, quae ita concepta est: IUDEX ESTO QUOD A. A. APUD N. N. MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT, QUA DE RE AGITUR, QUIDQUID OB EAM REM N. N. A. A. DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, EIUS IUDEX N. N. A. A. CONDEMNATO, NISI RESTITUAT: S. N. P. A. in ius concepta est; at illa formula, quae ita concepta est: I. E. SI PARET, A. A. APUD N. N. MENSAM ARGENTEAM DEPONUISSE, EAMQUE DOLO MALO N.[i] N.[i] A.[o] A.[o] REDDITAM NON ESSE, QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECU-

*) Conf. *Savigny*, Sistema dell' odierno dritto romano V. p. 79 — Nota dell' autore.

NIAM IUDEX N. N. A. A. CONDEMNATO: S. N. P. A. in factum concepta est. similes etiam commodati formulae sunt. Ibid §§. 45 — 48.

II) Actionis verbum et speciale est et generale; nam omnis actio dicitur, sive in personam, sive in rem sit petitio; sed plerumque actiones personales solemus dicere, petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur. L. 178. §. 2. de V. S. (50, 16).

III.) Item admonendi sumus, si cum ipso agamus, qui incertum promiserit, ita nobis formulam esse propositam, ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis, hoc modo: I. E. QUOD A. A. DE N.° N.° INCERTUM STIPULATUS EST, MODO *) CUIUS REI DIES FUIT, QUIDQUID OB EAM REM N. N. A. A. DARE FACERE OPORTET et reliqua. Gai §. 136.

IV.) Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis: velut cum is, qui ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit. cum enim praetorio iure et non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones, et neque id, quod defuncti fuit, potest intendere suum esse, neque id quod defuncto debebatur, potest intendere dare sibi oportere; itaque ficto se herede intendit, veluti hoc modo: I. E. SI A. A., id est ipse actor, LUCIO TITIO HERES ESSET, TUM SI FUNDUM, DE QUO AGITUR, EX IURE QUIRITIUM EIUS ESSE PARERET, vel si in personam agatur, praeposita similiter fictione illa ita subiicitur: TUM SI PARETET N. N. A. A. SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE. Ibid. §. 34.

---

*) Conf. *Huschke*, Giornale per la scienza storica del diritto XIII. P. 329. — Nota dell'autore.

V.) — — datur autem haec actio ei, qui ex insta causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque amissa possione petit. nam quia non potest ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse, et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset, intendit hoc modo: I. E. SI QUEM HOMINEM A. A. EMIT, ET IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGITUR, EIUS EX IURE QUIRITIUM ESSE PARERET et reliqua. Ibid. §. 36. *).

§. 9.

La condemnatio è certa nella condictio certi, e nelle actiones in factum, ed è diretta ad una determinata pena in danaro; negli altri casi è incerta, ma talvolta cum taxatione, cioè in modo, che il giudice nella valutazione dell' obietto controverso sia ligato ad un maximum fisso e da non potersi sorpassare. [38]

Nella condemnatio è innocua una pluris petitio. [39]

---

*) Conf. sul testo IV. e V. *Scheurl* Beiträge V. 1. P. 132. seg.[i] — Nota dell' autore.

[38]) Qui si tratta della *condemnatio*, come *pars formulae*, che può avere una *finita* od *infinita condemnatio*, o la *condemnatio cum taxatione*. Per contrario la *condemnatio*, come atto del *iudex*, e come contenuto della *sententia* dee essere sempre diretta ad una certa *pecunia*. Conf. p. in §. 14. *Keller* 39.

[39]) Se nella *condemnatio* si è posto un *plus*, è questo un errore in vantaggio dell'attore. Il convenuto anche do-

In talune azioni il giudice, mediante una aggiunta limitatrice dell'ordine di condanna, è avvertito nella formula, di condannare il convenuto solo in caso che questi non ubbidisca all'arbitrium de restituendo, exhibendo o solvendo (I). Poichè in queste azioni il giudice ha così in parte l' officium di un Arbiter (§. 3.), le arbitrariae actiones accanto alle bonae fidei actiones formano una specie subordinata degli arbitria. Tutte le in rem actiones e tutte quelle actiones in personam, che vanno alla restituzione o alla esibizione, senza che siano stricti iuris o bonae fidei actiones, e straordinariamente anche l'actio de eo quod certo loco, vengono concepite come arbitrariae formulae.

Però per le in rem actiones la procedura formularia s'introduce anche per sponsionem (ed orignariamente non s'introdusse che in questo modo). Allora invece della concessione ulteriore d'una formula petitoria (d'una arbitraria formula con intentio in rem concepta) l'avversario, patteggiando coll' attore una scommessa, si obbligava direttamente ad una somma da pagarsi all' attore nel caso che

---

po una *formula* concessa sfugge a tal pregiudizio mediante l' *auxilium i. integrum restitutionis.* Conf. *Keller* §. 44 *Puchta* §. 167 in fine.

egli (il convenuto) avesse torto: in seguito di questa sponsio praeiudicialis fu concessa una formula in personam concepta (II). La condanna, che ne seguiva, non significava che il condannato dovesse realmente pagare all' attore la somma promessa, ma solo che questi aveva ragione (In rem actio per sponsionem). [40]

Vi sono formulae senza condemnatio, cioè le praeiudiciales formulae. Col mezzo di esse si otteneva una pronunciatio del giudice su di un fatto, dalla cui certezza dipendeva la decisione di un altra vera controversia giuridica. Queste formulae costano solo dell' intentio. [41] (III.)

---

[40]) Conf. sop.[a] N. 23 e gli autori in essa citati.

[41]) Ai casi di *praeiudicia*, citati p. es. da Gaio (testo III.), si aggiungono gli altri: *an aliquis liber sit*, *de partu agnoscendo* (§. 13. *I. de act.* 4, 6), *utrum in matrimonio*, *an postea* (*filius*) *editus sit*, *an uxor fuerit*, *utrum ex eo natus sit.... an non* (*L.* 3. §§. 2-5 *de agn.* 25, 3), *an ex eo mulier praegnans sit* (*L.* 1. §. 16 *eod.*), *an in potestate eius sit vel non* (*L.* 3. §. 2. *de iurei* 12, 1), *an servus vel liber sit* (*L.* 3. §. 5. *de lib. ca* 40, 13), e sim. dal che deriva quel che notano *Walter* Storia del dritto di Roma §. 682 e *Keller* §. 31, cioè che nelle forme dei *praeiudicia* potevano essere proposte al giudicante sia quistioni di diritto, sia quistioni di puro fatto, e si scorge che i più importanti casi di *praeiudicia* appartengono alle *quaestiones status*. Conf. *Pu.* §§. 167 e 219. *Kel.* §. 38.

I.) Si vero illud quoque accedet, ut in ea verba praetor iudicium det, ut vel L. Octavius Balbus îudex, homo et iuris et officii peritissimus, non possit aliter iudicare; L. OCTAVIUS JUDEX ESTO. SI PARET, FUNDUM CAPENATEM, QUO DE AGITUR, EX JURE QUIRITIUM P. SERVILII ESSE, NEQUE IS FUNDUS L. CATULO RESTITUETUR: non necesse erit L. Octavio iudici cogere P. Servilium, L. Catulo fundum restituere, aut condemnare eum, quem non oporteat? Cicero in Verrem II, 12 (31).

II.) Per sponsionem vero hoc modo agimus. provocamus adversarium tali sponsione: SI HOMO, QUO DE AGITUR EX JURE QUIRITIUM MEUS EST, SESTERTIOS XXV NUMMOS DARE SPONDES? deinde formulam edimus, qua intendimus, sponsionis summam nobis dare oportere, qua formola ita demum vincimus, si probaverimus, rem nostram esse (§. 94). Non tamen haec summa sponsionis exigitur, nec enim poenalis est, sed praeiudicialis, et propter hoc solum fit, ut per eam de re iudicetur; unde etiam is cum quo agitur, non restipulatur. Gai. IV. §§. 93. 94.

III.) Non tamen istae omnes partes simul inveniuntur, sed quaedam inveniuntur quaedam non inveniuntur. certe intentio aliquando sola invenitur, sicut in praeiudicialibus formulis: qualis est, qua quaeritur, aliquis libertus sit, vel quanta dos sit et aliae complures, demonstratio autem et adiudicatio et condemnatio nunquam solae inveniuntur: nihil enim demonstratio sine intentione vel condemnatione valet; item condemnatio sine demonstratione et intentione, vel adiudicatio (sine demonstratione et intentione et condemna-

tio) ne *) nullas vires habet: ob id nunquam solae inveniuntur. Gai. IV. §. 44.

Interdetti **).

§. 10.

Gai §§. 138-170 T. J. de interdictis (4, 15).

In certi casi ***) il pretore rilasciava un comando condizionato tra le due parti contendenti e comparse dinanzi a lui, applicando ordinariamente i formularii, che erano stabiliti a questo scopo nell'editto. [42] Egli sulla pro-

---

*) *Scheurl*, Beiträge, vol. 1. p. 153 ss. — Nota dell' autore.

**) *Schmidt*, La procedura *ad interdicta* presso i Romani 1853 — Nota dell' autore.

***) Un elenco di questi vedi nella *L.* 1 e 2. *D.* L. t. (43, 1) — Nota dell' autore.

[42]) L'inderdetto si manifestava in una specie di *formula* (vedi *Puchta* §. 169); ma da ciò non debbe arguirsi che fosse rilasciato in iscritto. L'espressione di *Theophilus* ad *pr. I. de interdictis* ὁμιλία πραίτωρος μεταξὺ δύο τινῶν accenna chiaramente, che l'interdetto era un ordine parlato e non scritto. *Schmidt*, nella eccellente opera di sopra citata dall' autore, riporta a questo concetto il passo delle Istituzioni: *Sed tamen obtinuit*, *omnia interdicta*, QUIA INTER DUOS DICUNTUR (§. 1. *Ist. de interd.*), e trova una analogia con l'*interfari* di *Appius* nel famoso Processo di Virginia, riportato da *Livius* (Lib. III. cap. 47.) e con l'*interloqui* della *L.* 38 D. *de fideicom. liber.* E poichè ab-

posta di una delle parti senza la pruova antecedente delle condizioni ordinava all'altra una restituzione o esibizione, ovvero proibiva ad una parte un'azione in vantaggio dell'altra, ed anche ad amendue reciprocamente (interdicta restitutoria, exhibitoria). Il Pretore ciò faceva segnatamente per fare acquistare, ritenere o ricuperare il possesso: adipiscendae, retinendae, recuperandae, possessionis causa (I-III). [43] Gl'interdicta retinendae possessionis, come

---

biamo ricordato l'*interfari* di *Appius* in quel processo, il decreto emanato da costui, se non è un vero interdetto possessorio, in quanto il cliente Claudio fu considerato come un *proprietario interinale* o *provvisorio* (*interim* DOMINUM *sequi ancillam aequum esse*), pure ne è una ripruova storica per considerare gl'interdetti possessorii come mezzi di complemento alla difesa della proprietà, come modernamente li considera *Ihering* nel suo importante lavoro *über den Grund des Besitzesschutzes*. Conf. o. c. P. 75.

[43]) La natura d'interdetti possessorii agli *interdicta adipiscendae possessionis* fu dottamente contestata da *Savigny*. La *causa* degli *interdicta adipiscendae possessionis* è un *ius*, lo *scopo* il *possesso*. *Savigny* in ciò è stato seguito da quasi tutti i moderni, conf. p. es. *Pu.* Ist. §. 223 *Arndts* Pand. §. 171. ec.; ma *Jhering* con validi argomenti rivendica a tali interdetti la natura possessoriale, vedi o. c. PP. 66-69. Dunque nell'*interdictum Quorum bonorum*, *Salvianum* ec. vi è una vera *controversia possessionis*. Ciò era stato già ammesso da *Vangerow*, e presso noi da *De Crescenzio*. Conf. *De Crescenzio* o. c. §. 84.

(condizionati) divieti di violazioni del possesso erano rilasciati indifferentemente ad amendue le parti (duplicia interdicta) (IV.).

Se colui, al quale era stato direttamente indirizzato il comando per l'ulteriore componimento della lite non vi si volesse adattare; quegli, che l'avea ottenuto, poteva da una parte provocarlo ad una sponsio poenalis, cioè alla promessa d'una somma penale pel caso che si fosse agito contro l'ordine del Pretore (adversus edictum praetoris), cioè non si fosse eseguito quell'ordine nella esistenza delle sue condizioni; dall'altra egli doveva prestare una restipulatio (§. 18). Di qui si formarono formulae in personam conceptae, le quali indicavano al giudice, direttamente di decidere sul fatto della summa sponsionis o restipulationis, indirettamente poi di vagliare il vero punto controverso, al quale si potesse poscia unire un arbitrium de re restituenda o exhibenda. Negli interdetti restitutorii od esibitorii l'avversario col chiedere ed ottenere in seguito un Arbiter (un'arbitraria formula) per la diretta decisione della vera controversia poteva allontanare da sè l'agere cum poena s. periculo. [44]

---

[44]) Conf. *Schmidt* o. c. P. 275 ss. *Keller* o. c. §. 74 ss.

Adunque anche mediante gl' interdetti si veniva il più delle volte ad un ordinarium iudicium; ed in quanto chè gl'interdetti erano trattati come una vera specie di azioni, furono detti persino actiones nel lato senso della parola (V).

I.) Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit, quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur; et in summa aut iubet aliquid fieri, aut fieri prohibet; formulae autem verborum et conceptiones quibus in ea re utiliter, interdicta decretave vocantur. Gai. IV §. 139.

II.) Ait Praetor: QUOD PRECARIO AB ILLO HABES, AUT DOLO MALO FECISTI, UT DESINERES HABERE, QUA DE RE AGITUR, ID ILLI RESTITUAS. L. 2. pr. de precario (43, 26).

III.) Ait Praetor: QUI QUAEVE IN POTESTATE LUCII TITII EST, SI IS EAVE APUD TE EST, DOLOVE MALO TUO FACTUM EST, QUO MINUS APUD TE ESSET, ITA EUM EAMVE EXHIBEAS. L. 1. pr. D. de liberis exhib. (43, 30).

IV.) Duplicia sunt velut UTI POSSIDETIS interdictum et UTRUBI. ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei, quam actoris partes sustinet: quippe Praetor pari sermone cum utroque loquitur. nam summa conceptio

---

Puchta. §. 169. Quanto alla formula della *Sponsio* vedi *De Crescenzio* in *Keller* P. 271. n. a.

eorum interdictorum haec est: UTI NUNC POSSIDETIS, QUO MINUS ITA POSSIDEATIS, VIM FIERI VETO: item alterius: UTRUBI HIC HOMO, DE QUO AGITUR, APUD QUEM MAIORE PARTE HUIUS ANNI FUIT, QUOMINUS IN EUM DUCAT, VIM FIERI VETO. Gai. IV. §. 160.

V) Actionis verbo continetur in rem, in personam, directa, utilis, praeiudicium, sicut ait Pomponius: stipulationes etiam, quae praetoriae sunt, quia actionum instar obtinent, ut damni infecti, legatorum, et si quae similes sunt. Interdicta quoque actionis verbo continentur. L. 37. pr. D. de O. et A. (44, 7).

Aggiunzioni di difesa nelle formole.

§. 11.

Gai. IV. §§. 115—129. 133. TT. I. de exceptionibus e de repticationibus (4, 13. 14).

Se il convenuto si vuol difendere, negando puramente le asserzioni dell' attore, contenute nella propria intentio della formula in ius concepta, o nella intentio impropria della formula in factum concepta, non ha bisogno di alcuna aggiunta nella formola; impercioocchè il giudice è avvertito di assolvere il convenuto, se quelle asserzioni non possono pruovarsi; dunque non solamente se l' attore non ha mai acquistato il diritto asserito, ma anche

se lo ha in seguito perduto. Se poi il convenuto si appoggi ad un fatto, ed il pretore, con riguardo o no al ius civile, riconosca, che debba eccezionalmente guarentire il convenuto dalla condanna, anche se il contenuto dell' intentio sia pienamente giusto, allora il Pretore nella intentio, che designa la condizione della condemnatio, aggiunge come seconda condizione, che il fatto allegato dal convenuto non esista (I). Questa aggiunta dicesi Exceptio [45]; ma anche il dritto di essere assoluto, persino nelle azioni fondate, a causa del fatto designato in quella aggiunta dicesi Exceptio.

---

[45]) L' *Exceptio* è dunque condizione negativa all' ordine di condanna diretto dal Pretore al *Iudex*. Conf. *Keller*. o. c. §. 34. Per es. *Aulus* intenta l'azione contro *Numerium* per 100, ma è intervenuto tra loro un *pactum de non petendo*, l' opposizione di questo fatto costituisce una vera *Exceptio*, e si esprime con le parole, riportate da Gaio (testo I), *si inter A. A. et N. N. non convenit ne ea pecunia peteretur*. Se si opponesse però una *solutio*, non si avrebbe una vera *exceptio*; ma una pura negativa; poichè, se la *solutio* è vera, la conseguenza è che il *iudex* deve dire: *non paret reum dare oportere*. Adunque la così detta *Exceptio solutionis* non è tale, che in senso improprio. Conf. *Pu*. §. 170. n. 6. *Arndts* Pand. §. 101. n. 1. Le particelle usate per l' *Exceptio* erano *si non*, *ac si non*, *qua de re non*, *extra quam si*, *praeterquam si* ec. Vedi *Keller* o c. §. 34. Se l'opposizione non era contestata in *iure*, il suo effetto era la *denegatio actionis*: dunque l' *exceptio* presuppone, come l' *actio* una controversia non decisa davanti al Pretore. Conf. *Keller*. §. 36.

(Exceptiones nel senso formale e materiale). Per quanto più libero è il campo, che l'intentio, nella sua espressione, assicura al giudice per la decisione del rapporto giuridico, tanto meno è necessario, che le risposte si vestano della forma delle exceptiones.—Le exceptiones o sono peremptoriae (perpetuae) ovvero dilatoriae (temporales), secondo chè l'azione dell'avversario è impedita per sempre o per un certo tempo: esse dunque o rendono del tutto inefficace l'azione, ovvero obbligano soltanto l'attore a differire d'intentarla. Ma anche se una exceptio (fondata) di natura dilatoria è ricevuta nella formula, essa, rispetto all'attore, che colle sue produzioni non faccia decidere sul differimento dell'azione, ha per conseguenza la completa perdita del processo.

Anche le exceptiones potrebbero essere in ius o in factum conceptae, cioè con allegazione di una regola del ius civile, che dia questa forza al fatto, sul quale l'eccezione si appoggia, ovvero con l'allegazione del fatto stesso (II). La più generale exceptio in factum è l'exceptio doli, in quanto chè essa dipende dall'essersi l'attore reso colpevole di un dolus, intentando l'azione. Appunto per questa exceptio vale naturalmente a prefe-

renza il principio: bonae fidei iudiciis inest. [46]

Infine anche le eccezioni sono personali o reali, secondochè la causa dell'exceptio dee esistere nella persona dell'attore ed almeno del suo auctor, ovvero soltanto in generale. Dal lato del convenuto le exceptiones sono in regola reali, e soltanto eccezionalmente sono personae cohaerentes.

Le eccezioni, le quali sono dirette contro

---

[46]) Esempii di *exceptiones* fondate sul dritto civile e pretorio vedi in *Keller* §. 35. La *exceptio doli* è di doppia natura: *specialis* quando presuppone il *dolus* vero dell'attore; *generalis*, quando questi intenta una azione nella consapevolezza della esistenza di un fatto o di una circostanza, che rende la sua pretesa inonesta. L'*exceptio doli generalis* per conseguenza può sostituirsi ad ogni altra *exceptio*, ed era pei Romani, come dice l'*Arndts* Pand. §. 102. n. 2. « un semplice mezzo per ottenere la considerazione delle diverse specie di eccezioni, senza esattamente determinarle, e farle così secondo l'antico processo introdurre nella *Formula* ». La *exceptio doli specialis*, riguardando un dolo passato dell'attore (conf. *Pu.* Ist. §. 170) era espressa nella *formula* con le parole: SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO A.ⁱ A.ⁱ FACTUM SIT; la *Exceptio doli generalis*, presupponendo un dolo presente dell'attore, che esige ingiustamente qualche obietto dal convenuto (*petendo facit dolose*) è espressa con le parole: SI IN EA RE NIHIL A.ⁱ A.ⁱ DOLO FIAT. Le due *exceptiones* riunite si esprimevano così: SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO A.ⁱ A.ⁱ FACTUM SIT, NEQUE FIAT. Conf. *L.* 5. §. 5. *De doli exc.* (44, 4), *Arndts l. c. De Cre.* §. 90. Ann.

l'ammisibilità del iudicium, come la exceptio rei iudicatae, la eccezione di prescrizione dell'azione ec. erano anticamente poste a capo della formula, siccome praescriptiones pro reo, per avvertire il giudice di trattare la formula persino, come non concessa, se l'eccezione si pruovasse fondata. Vi appartengono segnatamente anche i così detti praeiudicia, eccezioni le quali erano dirette a ritardare il processo iniziato sino alla decisione di un'altra causa maior, riguardante lo stesso fatto. In seguito, avanti Gaio, anche queste eccezioni furono formulate come le exceptiones (III).

Se l'attore non solamente contrappone alla exceptio una pura negativa, ma un fatto, in forza del quale il Pretore voglia difenderlo contro l'exceptio, anche se questa sia fondata, allora si fa seguire alla exceptio una nuova aggiunta della stessa specie (replicatio), la quale fa dipendere l'efficacia della exceptio dalla non esistenza di questo fatto. E così di seguito possonsi presentare duplicationes, triplicationes ec. [47] (IIII).

---

[47]) La *replicatio*, come *exceptio* contro *l'exceptio*, è una *replicatio exceptionis*, o *contraria exceptio*, secondo la *L.* 22. §. 1. *de exc.* (*44*, 1.), quindi è una condizione negativa dell'*exceptio* ed una condizione affermativa dell'*actio*. Vedi sù di ciò *Keller* §. 37. Così all'*exceptio* deri-

I.) Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam affirmat is, cum quo agitur nam si verbi gratia reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit, quam non numeravit, sic exceptio concipitur: SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT, NEQUE FIAT. item si dicatur contra pactionem pecunia peti, ita concipitur exceptio: SI INTER A. A. ET N. N. NON CONVENIT, NE EA PECUNIA PETERETUR, et denique in ceteris causis similiter concipi solet. ideo scilicet, quia omnis exceptio obiicitur quidem a reo, sed ita formulae inseritur, ut conditionalem faciat condemnationem, id est ne aliter iudex eum, cum quo agitur, condemnet, quam si nihil in ea re, qua de agitur, dolo actoris factum sit; item ne aliter iudex eum condemnet, quam si nullum pactum conventum de non petenda pecunia factum erit. Gai. IV. §. 119.

II.) Perficitur donatio in exceptis personis sola mancipatione vel promissione; quoniam neque Cinciae legis exceptio obstat, neque in factum: SI NON DONATIONIS CAUSA MANCIPAVI vel PROMISI ME DATURUM. idque et Divus Pius rescripsit. Vat. Fragm. §. 310.

III.) — — olim autem quaedam (sc. praescriptiones) et pro reo opponebantur. qualis illa erat prae-

---

vante dal *pactum de non petendo* si può opporre una *replicatio* sul posteriore *pactum de petendo*. La *replicatio* si unisce ordinariamente alla *exceptio*, cui si contrappone con l'alternativa *aut*: p. es. *Si inter A. A. et N. N. non convenit ne ea pecunia peteretur* AUT SI POSTEA CONVENIT UT EAM PECUNIAM PETERE LICERET. Conf. *Puchta* §. 180. Per esempii di *exceptiones* e *replicationes* nelle diverse *formulae*, vedi in generale *Keller* §. 37.

scriptio: EA RES AGATUR, SI IN EA RE PRAEIUDICIUM HEREDITATI NON FIAT: quae nunc in speciem exceptionis deducta est, et locum habet, cum petitor hereditatis alio genere iudicii praeiudicium hereditati faciat; velut cum res singulas petat — — Gai. IV. §. 133.

IV.) — — quia iniquum est, me excludi exceptione, replicatio mihi datur ex posteriore pacto hoc modo: SI NON POSTEA CONVENERIT, UT EAM PECUNIAM PETERE LICERET. item si argentarius pretium reî, quae in auctione venierit, persequatur: obiicitur ei exceptio, ut ita demum emptor damnetur, si ei res, quam emerit, tradita esset; quae est iusta exceptio; sed si in auctione praedictum est; ne ante emptori traderetur res, quam si pretium solverit, replicatione tali argentarius adiuvatur: AUT SI PRAEDICTUM EST, NE ALITER EMPTORI RES TRADERETUR, QUAM SI PRETIUM EMTOR SOLVERIT. Ibid. §. 126.

Litis Contestatio *)

§. 12.

Gai. III. 180. 181.

Mediante la chiusura degli atti, che le parti contendenti han trattati reciprocamente in iure, si ha la litis contestatio, che origina-

*) *Keller* sulla *litis contestatio* e la sentenza secondo il dritto romano classico 1827 — *C. I. Bekker*, la *Consumptio* processuale nel dritto romano classico 1853. — Nota dell' autore.

riamente consisteva in una reale e reciproca invocazione di testimoni, con la quale tal chiusura solennemente si effettuava (I). La litis contestatio è per così dire un rapporto giuridico quasi contrattuale, il quale ha per contenuto la giuridica necessità o della condanna del convenuto, nella esistenza delle condizioni ora stabilite ed alla somma più o meno determinatamente fissata, ovvero della sua assoluzione, nella esistenza delle condizioni contrapposte. Con la litis contestatio quindi subentrano i seguenti effetti giuridici: [48]

---

[48]) Due opinioni si sono manifestate sulla origine storica della *litis contestatio*. Taluni ritengono, che essa appartenesse già alla *legis actio* (*Keller*), altri che fosse introdotta nel processo formulario (*Bethman-Hollweg*). *Puchta* §. 171. è per la prima opinione, *Walter* §. 684. non si dichiara nè per la prima nè per la seconda. Che poi fosse un atto *in iure* e non *in iudicio* è anche l' opinione del nostro autore (secondo la materiale posizione di questo paragrafo), e sembra ormai indubitabile. Con la solenne invocazione dei testimoni, alla quale accenna il passo di Festo (testo I), si dava certezza alla pretesa dell' attore ed alla contradizione del convenuto, e si chiudeva il primo stadio del Processo, cioè il Processo *in iure*. Le leggi contrarie della collezione giustinianea appartengono, secondo *Walter* §. 684. n. 1. ad un tempo ulteriore, e *Puchta* considera come interpolata la *L. un. C. De litis conte.* (3, 9); ma, secondo noi, non vi è bisogno di ricorrere a questa supposizione. Messa in disuso la formale invocazione dei testimoni, rimase il *punto ideale*, che chiudeva la Procedura *in iure*, e che si equiparò ad essa (*Kel-*

1) Actio consumitur; il dritto di azione è per così dire consumato nel rapporto giuridico ora surto trà le parti (la processuale obbligazione), ed è con ciò estinto: esso non può più essere perseguito che nel iudicium ora ordinato, e nel modo come esso è stato ordinato. Nelle legis actiones e nel legitimum iudicium (§. 15.—VII. III) in personam con una formula in ius concepta la consumptio dell'actio e l'annullamento della obligatio, che n'era causa, avvenivano ipso iure: negli altri casi solo per exceptionem rei in iudicium deductae, che compete al

---

ler §. 59); ma nella *extraordinaria cognitio*, in cui non entrava la distinzione dei due momenti (*in iure* ed *in iudicio*), la *litis contestatio* si considerò avvenuta, quando venivano scambiate tra le parti le reciproche affermazioni e pretensioni (*Keller*. Processo civile §. 81.). Quando scomparve l'*ordo iudiciorum privatorum*, ed il Processo ordinario fu l'*extraordinaria cognitio*, le reciproche affermazioni delle parti si scambiarono dinanzi al giudice, e la *litis contestatio* fu considerata avvenuta in quel momento, ma allora non si può fare più distinzione di Processo *in iure* ed *in iudicio*. Con queste considerazioni si spiegano le seguenti leggi: *Lis enim tunc contestata videtur cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit. L, un. C. de litis cont.* (3, 9) — *cum lis fuerit contestata, post narrationem prapositam et contradictionem obiectam. L.* 14. §. 1. *de iud.* (3, 1). Conf. più innanzi §. 19. e §. 23. *Puchta* §. 185. *Arndts* Pand. §. 113. n. 2. Del resto, come nota l'*Arndts l. c.*, quasi tutti i singoli punti di questa teoria sono contestati.

convenuto contro l' azione consumata, se questa è di nuovo intentata contro di lui (II. III). [49]

2) Lo stato del rapporto giuridico controverso nel momento della litis contestatio è la misura della sentenza del giudice senza riguardo alle ulteriori variazioni. Rigorosamente, si doveva essere condannato dopo, anche se l' attore fosse stato completamente soddisfatto dopo la litis contestatio. In ogni caso ciò poteva non avvenire nelle bonae fidei ed arbitrariae actiones. I Sabiniani insegnarono di più, omnia iudicia esse absolutoria (IV). [50]

3) Quando il giudice dee determinare la somma della condemnatio (dunque non in un formula con condemnatio certa §. 9.) dee prendere in considerazione ciò che l' attore avrebbe oltre dell' obietto controverso, se questo fosse stato a lui prestato al tempo della litis contestatio (V). Il principio, che anche nella valutazione dell' obietto controverso dovesse guardarsi al suo valore al tempo della

---

[49]) Poichè dopo la *litis contestatio* il *dare oportere* si tramuta in *condemnari oportere* (conf. testo III), da essa si ha un doppio effetto: l' effetto negativo (*consumptio* dell' *actio*), l' effetto positivo (la nuova obbligazione, il *condemnari oportere*). Conf. specialmente *Keller* Processo civile §. 60.

[50]) Conf. *Keller* o. c. §. 67.

litis contestatio, fu mantenuto soltanto nei stricta iudicia [51] (VI. VII).

I.) Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: TESTES ESTOTE. Festus s. v. contestari.

II.) At vero si legitimo iudicio in personam actum sit ea formula, quae iuris civilis habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est, si vero vel in rem vel in factum actum fuerit, ipso iure nihilo minus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei iudicatae vel in iudicium deductae, (§. 108). Alia causa fuit olim legis actionum nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat: nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum. Gai. IV. §§. 107. 108.

III.) Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione: sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione, incipit ex causa iudicati teneri, et hoc est, quod apud veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnari oportere; post condemnationem iudicatum facere oportere. Ibid. III. §. 180.

IV.) Superest, ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is, cum quo agitur, post acceptum iudicium satisfaciat actori, quid officio iudicis conveniat, utrum

---

[51]) Conf. in generale *De Crescenzio* §. 92. *Keller* §§. 59—62.

absolvere, an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuit, ut damnari debeat. nostri praeceptores absolvere eum debere existimant: nec interesse, cuius generis fuerit iudicium. et hoc est quod vulgo dicitur, Sabino et Cassio placere, omnia iudicia esse absolutoria — — Ibid. IV. §. 114.

V.) Quum fundus vel homo per condictionem petitus esset, puto hoc nos iure uti, ut post iudicium acceptum causa omnis restituenda sit, id est omne, quod habiturus esset actor, si litis contestandae tempore solutus fuisset. L. 31. pr. de R. C. (12, 1).

VI.) In hac actione, sicut in ceteris bonae fidei iudiciis similiter in litem iurabitur: et rei iudicandae tempus quanti res sit, observatur: quamvis in stricti iuris iudiciis litis contestatae tempus spectetur. L. 3. §. 2. D. de comod. (13, 6).

VII.) In hoc actione si quaeratur, res quae petita est, cuius temporis aestimationem recipiat, verius est, quod Servius ait, condemnationis tempus spectandum. L. 3. D. de condictione triticiaria (13, 3).

Procedura in iudicio.

§. 13.

Gli atti in iudicio sono diretti a mettere in istato il giudice di conformarsi alla istruzione, data mediante la Formula. In seguito di essa egli, secondochè gli sia dimostrata l'esistenza di certi fatti, disegnati più o meno determinatamente, o non gli sia dimostrata affatto, dee condannare o assolvere. I litiganti

(spesso con l'assistenza dei procuratori) in parte mediante reciproche posizioni e pruove dei singoli fatti, dai quali dipende la riuscita del giudizio, in parte mediante allegazioni giuridiche cercano di portare questa dimostrazione al giudice unico, o al collegio di giudici. L'attore si studia di dimostrare quei fatti, che sono le condizioni della condanna, il convenuto quelli, che son condizione dell'assoluzione. In rapporto alla pruova dei fatti controversi [52] nello stretto senso della parola, essa dee farsi da parte dei litiganti, cosicchè il giudice dee considerare come inesistenti tutti quei fatti, i quali non sono stati pruovati dalla parte, cui ne compete l'obbligo. Il peso della pruova (onus probandi) è in generale dell'attore (I.) nel senso, che se egli non reca la pruova convincente, il convenuto è per ciò stesso assoluto, ancorachè non abbia neppure egli adempiuto alla sua pruova (onus petitoris, commodum possessoris). In rapporto ai fatti singoli, l'onus probandi compete a colui, che gli afferma per fondare con ciò un diritto o una liberazione [53] (II. III.). Talvolta poi taluni fatti, seb-

[52] La pruova versa sui fatti incerti, non sui notorii, e molto meno su quelli, pei quali non è ammessa pruova contraria (*praesumptiones iuris et de iure*).

[53]) Da ciò segue, che l'attore dee pruovare le condizioni dell'*actio*, il convenuto dell'*exceptio*.

bene controversi, son ritenuti per veri, finchè colui che li nega non abbia pruovato il contrario (Praesumptiones).[54] Si annovera se-

[54]) Le *praesumptiones iuris tantum* in antitesi delle *praesumptiones iuris et de iure*. Appartengono alla prima classe i così detti *naturalia negotia*, di cui veggansi gli esempii segnatamente nel Digesto *Tit. de probationibus et praesumptionibus* (22, 3), e nel Codice *Tit. de probationibus* (4, 19). Tra i molti esempii scegliamo quello della *L.* 12. *D. Tit.* citato: *Quingenta testamento tibi legata sunt; ideo scriptum est in codicillis postea scriptis: refert, duplicare legatum voluerit, an repetere: et oblitus, se in testamento legasse id fecerit: Ab utro ergo probatio eius rei exigenda est? Prima fronte aequius videtur ut petitor probet, quod intendit: sed nimirum probationes quaedam a reo exiguntur: nam si creditum petam, ille respondeat* SOLUTAM ESSE PECUNIAM, *ipse hoc probare cogendus est: et hic igitur, cum petitor duas scripturas ostendit, heres posteriorem inanem esse, ipse heres id approbare iudici debet.* Celso in questa legge fa il caso di un legato scritto una volta nel testamento, ed un'altra nel codicillo. L'erede ha interesse di sostenere, che il testatore, dimenticato di aver già scritto il legato nel testamento, lo abbia ripetuto nel codicillo: il legatario al contrario ha interesse di sostenere che il legato è duplicato. Il legatario è l'*actor* che domanda: *prima facie* parrebbe che egli debba pruovare il suo assunto. Ma egli, fondandosi sul testamento, quindi su di una *scriptura*, ha a suo favore una *praesumptio*, e sarà il *reus* quegli obbligato a pruovare, che non si tratti di una *duplicatio*, ma di una *repetitio legati*. Celso cita il principio in generale, che talvolta le pruove si richiedono dal reo, e si riporta al caso della opposizione di una *solutio*. Benchè abbiam cennato (sop.ª N. 45.), che l'*exceptio solutionis* è una pura negazione nel senso dell'antico sistema processuale, pure il

gnatamente tra le praesumptiones, che un diritto perduri, ove n'è pruovato l'acquisto, e che contro le persone, gli obietti, e gli atti, di cui è pruovata l'esistenza, nulla sia a ridire. [55]

I.) — actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestiterit, obtinebit. L. 4. C. de edendo (4, 1).

II.) Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. L. 2. D. he probat (22, 3).

III.) — — Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem, non indebitas ei fuisse solutas, praesumptionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat; — — et ideo eum qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes — — L. 25. pr. eod.

Sentenza *)

§. 14.

Quel pronunziato, che mette compiutamente termine alla controversia, è la sententia, la quale o contiene la condemnatio del con-

---

convenuto per un *creditum*, opponendo *solutam esse pecuniam*, debbe pruovare questo fatto. Ciò è anche detto dalla *L. 1. Cod. t. c.*

[55]) Conf. in generale *Kel.* §. 66. *Pu.* §. 164.

*) Vedi la citazione al §. 12, e le citazioni al §. 6.—Nota dell'autore.

venuto (diretta nel processo formulario necessariamente ad una determinata somma) ovvero la sua absolutio.[56] La sententia può contenere solo nel duplex iudicium anche la condanna dell' attore, e nelle azioni di divisione può essere congiunta all' adiudicatio. L' addictio del ius dicens in una vindicatio, alla quale il convenuto non contraddice **, non è che il riconoscimento giudiziario del diritto, ora incontroverso, e della facoltà di esercitarlo.

Nelle praeiudiciales formulae la sententia è sostituita da una pronunciatio, rispondente alla quistione dell'intentio.[57] Una tal pronunciatio, ricognitiva del diritto del-

---

[56]) I provvedimenti e le decisioni preparatorie sono dette *interlocutiones*. Esse non sono *finis controversiae*, nè contengono l' alternativa dell' assoluzione e della condanna.

**) Nella *vindicatio* in *libertatem* si contrappone all' *addictio* una dichiarazione, che l' *assertus in libertatem* sia libero — Nota dell' autore.

[57]) La parola *pronunciatio*, come decisione finale delle *praeiudiciales formulae*, è usata in senso stretto; ma in senso lato può significare ogni decisione. Conf. *L.* 1. *D. de re iud.* (42, 1). La *pronunciatio* in senso stretto non contiene assoluzione o condanna, ma il parere del giudice sul contenuto della *intentio*. Trattasi di vedere *an servus vel liber sit*, la *pronunciatio* del giudice si esprimerà con le parole *liberum videri* o *servum non videri*, e secondo i casi *ingenium videri* ec. Conf. *L.* 27. *D. de lib. ca.* (40, 12), *Puchta* §. 175. *Keller* §. 66.

l'attore, precede la sententia anche nelle arbitrariae in rem actiones (se l'attore dimostra al giudice l'esistenza del suo diritto): la pronunciatio in tali azioni si unisce all'arbitrium, il quale, anche quando è stabilito senza di essa, non è pel convenuto che una indicazione della maniera, con la quale egli può sfuggire alla condemnatio. [58]

Nella procedura delle legis actiones la sentenza, come sembra, constava della condemnatio (in una certa pecunia o certa res) ovvero dell'absolutio, se si trattasse di quistioni di obbligazione, o non si fosse agito con la legis actio sacramenti. Se poi si fosse agito con la legis actio sacramenti, essa costava di una pura pronunciatio (utrius sacramentum iustum sit), la quale in sè conteneva la decisione, sulla giustizia della pretesa dell'una o dell'altra parte. [59] Ad essa, in

[58]) Trattasi per esempio del *restituere* o dell'*exhibere*, e si avrà un *arbitrium de re restituenda vel exhibenda.* Se il convenuto obbedisce alla *pronunciatio*, susseguirà la sentenza, ma di assoluzione. Ma anche senza una tale *pronunciatio*, dice l'autore, l'*arbitrium* ha per conseguenza l'indicazione di un modo di sfuggire alla condanna. Difatti nelle *arbitrariae actiones* si ha il *nisi restituat, nisi exhibeat condemna*; adempiendo il convenuto alla condizione anteposta alla condanna, la sentenza susseguente dovrà essere assolutoria. Modelli dell'*actio arbitraria* in *Keller* §. 28.

[59]) *Keller* nella sentenza emanata nel *iudicium* in seguito

caso di necessità seguiva uno speciale arbitrium litis aestimandae, che riusciva ad una pecuniaria condemnatio. [60]

Con la notificazione della sentenza finale cessa il potere del iudex (secondo i casi dei iudices o dei recuperatores); la res in iudicium deducta diventa con ciò res iudicata [61]; e la consumptio dell'actio, operatasi mercè la litis contestatio, dove non intervenga ipso iure, può ora esser fatta valere per l'avvenire mediante una exceptio rei iudicatae, come sin quì poteva esserlo mediante una exceptio rei in iudicium deductae (I).

A questo effetto della sentenza finale, che

alla *legis actio sacramenti* così si esprime: *La sentenza comprendeva puramente un parere affermativo o negativo sul contenuto della Intentio, ed il convenuto non poteva per essa esser condemnatus, ma tutto al più iudicatus. Kel.* o. c. §. 16. Alla sentenza emanata in processi condotti con altra *legis actio* può riferirsi quel che dice Gaio, cioè che una volta (prima dell'introduzione della procedura *per formulas*) il *iudex* potesse condannare *in ipsa re — Iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est*, SICUT OLIM FIERI SOLEBAT, (*sed*) *aestimata re pecunia eum condemnat. Gai.* IV. 48—52. Conf. *Puchta* §. 175. N.ª e.

[60]) Vedi *Keller* §. 16.

[61]) La *res iudicata* esprime il valore della decisione finale: *Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accepit, quod vel condemnatione vel absolutione contingit. L.* 1. *D. De re iud.* (43, 1).

ne ha la vera natura, se ne aggiunge un secondo, che deriva dal suo contenuto; imperciocchè ad essa, come anche al contenuto della pura pronunciatio, in virtù della presunzione della sua verità (II.) è aggiunta la forza di far valere il principio giuridico o lo stato giuridico, che la sentenza presuppone, anche se esso non sia realmente esistente (in regola certamente solo tra le parti (III.) ed i loro successori universali e singolari [62]). È questa la forza giuridica della sentenza. Tale effetto, nella sentenza di condanna, può esser fatto valere dall'attore con l'actio iudicati, la quale è diretta al pagamento della somma di condanna; in tutte le altre sentenze può esser fatto valere da amendue le parti con l'exceptio (o replicatio) rei iudicatae, se in un nuovo litigio tra le stesse persone (o tra i loro successori) si voglia sottoporre un'altra volta la stessa quistione alla decisione giudiziaria, per ottenere una decisione contraria alla prima (IV). [63]

---

[62]) Una ecccezione si ha per esempio nella *liberalis causa*, ove la *pronunciatio* è fatta valere contro i terzi, poichè qui non si tratta di un puro interesse privato.

[63]) Ulpiano (testo IV.) citando il giureconsulto Giuliano, stabilisce gli estremi, perchè una *exceptio rei iudicatae* possa essere validamente opposta, cioè la doppia identità, subiettiva (*inter easdem personas*), obiettiva (*eadem*

Secondo il nuovo dritto la forza giuridica della sentenza presuppone, che essa non possa essere impugnata mediante appello (§. 20).

1.) Conf. §. 12. testo 2 e 3.

II.) Res iudicata pro veritate accipitur. L. 207. D. de R. I. (50, 17).

III.) Quum res inter alios iudicatae nullum aliis praeiudiciam faciant. — — L. 1. D. de exc. rei iud. (44, 2).

IV.) Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere iudicii. Et ideo si hereditate petita singulas res petat, vel singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur. L. 7. §. 4. D. eod.

Termine straordinario del litigio.

§. 15.

Il litigio anche nell' ordo iudiciorum può avere il suo termine in iure (I.) mediante una confessio in iure, un iusiurandum in

---

quaestio). L'*exceptio rei iudicatae*, come si è detto dalla scuola, presuppone *eadem res*, *eadem causa petendi*, *inter easdem personas*. Per determinare l' *eadem causa petendi* non dee guardarsi all' *actio*, ma all' *origo petitionis*, quindi benchè si agisca con altra azione, ed in un altro genere di giudizio (*alio genere iudicii*), ove l' *origo petitionis* è identica, si ha l' *eadem quaestio*, ed osta l' *exceptio rei iudicatae*. Per le specialità dal lato processuale vedi *Keller* §§. 71—73, *Puchta* §. 175. Dal lato materiale *De Crescenzio* Sist. §. 96. *Woet Commen. ad pand.* (44, 2).

iure delatum [64] (II.) una denegatio actionis (formulae).

In iure ed in iudicio il litigio può aver termine per accordo delle parti; il iudicium poi può aver fine anche col puro decorso del tempo. Un legitimum iudicium, secondo la lex iulia iudiciaria, si termina in un anno e mezzo [65]; il iudicium quod imperio continetur (imperio continens) cessa col cessare dell' imperium di chi l' ha ordinato (III). In ciò consiste la prescrizione del processo, la quale dee ben distinguersi dalla prescrizione dell' azione [66] (§. 82).

[64]) Conf. *Keller* §§. 63. 64.

[65]) La *lex iulia iudiciaria* prescrivendo il termine di un anno e mezzo per le liti pendenti ebbe di mira l' interesse delle parti? Con fondamento opina *Puchta* §. 159, che questa prescrizione si rannoda all' istituto dei *iudices selecti*, ed era diretta a facilitare loro il *munus indicandi*, ed a non farli trovare per indolenza o malvolere delle parti col peso di infiniti processi, quando forse già erano usciti dall' *album*.

[66]) Ma nel *legitimum iudicium* il termine di un anno e mezzo, incominciando dalla *litis contestatio*, in cui avveniva la *consumptio* dell' *actio*, portava implicitamente la compiuta estinzione di questa: imperciocchè mediante la *litis contestatio* il *dare oportere* essendosi trasformato in *condemnari oportere* nell' attuale *iudicium*, estinto questo, si estingue la nuova *obligatio* (il *condemnari oportere*), nato per l' effetto positivo della *litis contestatio*. Conf. sop.[a] §. 12 e N. 49: inoltre *Keller* §. 70. *Walter* §. 690. Nel *iudicium quod imperio continetur* l' istesso effetto avveravasi mediante *exceptio*.

I.) Confessus pro iudicato est, qui qnodummodo sua sententia damnatur. L. 1. D. de confessis (42, 2).

II.) Iusiurandum vicem rei iudicatae obtinet non immerito, quum ipse quis iudicem adversarium suum de causa sua fecerit, deferendo ei iusiurandum. L. 1. pr. quarum rerum actio non datur (44, 5).

III.) Legitima sunt iudicia, quae in urbe Roma vel intra primum urbis Romae miliarum, inter omnes cives Romanos, sub uno iudice accipiuntur: eaque lege Iulia iudiciaria, nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant, et hoc est, quod vulgo dicitur, e lege Iulia litem anno et sex mensibus mori (§. 105). Imperio vero continentur recuperatoria, et quae sub uno iudice accipiuntur interveniente peregrini persona iudicis vel litigatoris. in eadem causa sunt, quaecumque extra primum urbis Romae miliarium tam inter cives Romanos, quam inter peregrinos accipiuntur. ideo autem imperio contineri iudicia dicuntur, quia tamdiu valent, quamdiu is, qui ea praecepit, imperium habebit. Gai. IV. §§. 104. 105.

Condotta del Processo per mezzo di rappresentanti.

§. 16.

Gai. IV. (§§. 69 — 74. 80). §§. 82 — 101. — Fragm. Vat. de cognitoribus et procuratoribus §§. 317 — 341. — TT. I. quod cum eo, qui in aliena pot. est, negotium gestum esse dicitur e de his, per quos agere possumus (4, 7 e 10).

Al tempo delle legis actiones, prescindendo da speciali eccezioni, non ha luogo alcuna rappresentanza nella condotta del processo; ma essa è in generale ammessa nel processo formulario.

La formola è allora compilata in maniera, che nella condemnatio (ed adiudicatio) è nominato il rappresentante, nelle rimanenti parti la persona stessa del litigante (I). È questa la formola con sostituzione subiettiva.

Tali rappresentanti o sono cognitores, se son nominati per la controversia dall'attore o dal convenuto mediante un formale atto di procedura ed in presenza dell'avversario (II), ovvero son tali, che vengono ammessi dal Pretore, o come rappresentanti delle parti per ragione dell'ufficio (tutores, curatores, actores municipum), ovvero sulla base d'un semplice

incarico delle stesse, e persino in seguito di una loro propria ed unilaterale dimanda (procuratores, defensores).

Il padre di famiglia dee in certe circostanze prender su di sè le azioni di credito contro le persone a lui soggette, in solidum o con certi limiti, quasi come loro rappresentante. Similmente il commerciante per le azioni di credito contro le extraneae personae, da lui stabilite come magistri navis, o institores (son queste le così dette actiones adiectitiae qualitatis). Anche il bonorum emptor (§. 21) è necessario rappresentante della persona, di cui egli ha comprato il patrimonio all'incanto, per le azioni a lui o contro di lui competenti (III).

In origine solo mediante un cognitor si operava la rei in iudicium deductio per rapporto alla parte: nelle altre specie di rappresentanti fondavasi con la litis contestatio una obligatio tra il rappresentante e l'avversario, la quale non toccava il dominus litis (IV).

Secondo il più recente dritto anche la rappresentanza per ufficio, e dipendente da semplice incarico, o da ratihabitio del dominus litis, opera la rei in iudicium deductio [67] (V).

---

[67]) Conf. *Keller* §§. 52—54.

I. Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit; nam si verbi gratia Lucius Titius pro Publio Maevio agat, ita formula concipitur: SI PARET N. N. PUBLIO MAEVIO SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE, IUDEX N. N. LUCIO TITIO SESTERTIUM X MILIA CONDEMNA: S. N. P. A. in rem quoque si agat, intendit, Publii Maevii rem esse ex iure Quiritium et condemnationem in suam personam convertit (§. 82.) Ab adversarii quoque parte si interveniat aliquis, cum quo actio constituitur, intenditur, dominum dare oportere, condemnatio autem in eius personam convertitur, qui iudicium accepit, sed cum in rem agitur, nihil in intentione facit eius persona, cum quo agitur, sive suo nomine, sive alieno aliquis iudicio interveniat: tantum enim intenditur, rem actoris esse. Gai. §§. 86. 87.

II. Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur, nam actor ita cognitorem dat: QUOD EGO A TE verbi gratia FUNDUM PETO, IN EAM REM LUCIUM TITIUM TIBI COGNITOREM DO; adversarius ita: QUANDOQUE TU A ME FUNDUM PETIS, IN EAM REM PUBLICUM MAEVIUM COGNITOREM DO, potest, ut auctor ita dicat: QUOD EGO TECUM AGERE VOLO, IN EAM BEM COGNITOREM DO; adversarius ita: QUANDOQUE TU MECUM AGERE VIS, IN EAM REM COGNITOREM DO, nec interest, praesens an absens cognitor detur. sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognoverit et susceperit officium cognitoris. Ibid. IV. §. 83.

III.) Similiter et bonorum emtor ficto se herede agit; sed interdum et alio modo agere solet. nam ex persona eius cuius bona emerit, sumta intentione con-

vertit condemnationem in suam personam, id est, ut quod illius esset vel illi dare oporteret, eo nomine adversarius huic condemnetur: quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a praetore Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est. Ibid. §. 35.

IV.) Procurator vero si agat, satisdare iubetur, ratam rem dominum habiturum. periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur. quod periculum non intervenit, si per cognitorem actum fuit; quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet, quam si ipse egerit. Ibid. §. 98.

V.) Hoc iure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei iudicatae hae personae continerentur, quae rem in iudicium deducunt; inter hos erunt procurator, cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli, actor municipum; ex persona autem rei etiam defensor numerabitur, quia adversus defensorem qui agit, litem in iudicium deducit. L. 11. §. 7. D. de exc. rei iud. (44, 2) (Ulpianus).

Cauzioni processuali.

§. 17.

Gai. IV. §§. 88 — 102. T. I. de satisdationibus (4, 11).

Nella Procedura delle legis actiones, trattandosi delle in rem actiones, colui, secundum quem vindiciae dictae erant (§. 6.), doveva garentire all'attuale attore la eventuale

restituzione dell' obietto controverso e dei frutti, raccolti durante il processo, col mezzo di praedes litis et vindiciarum. Nel processo formulario il possessore, convenuto con una in rem actio per sponsionem, dee conchiudere allo stesso scopo la stipulatio pro praede litis et vindiciarum, ed il possessore, convenuto con una formula ex sponsione, la stipulatio iudicatum solvi, ordinariamente cum satisdatione, cioè con una malleveria. Se egli è rappresentato da un cognitor, dee per esso prestare questa cautio, se poi da qualunque altro rappresentante, vi è questi stesso obbligato.

Chi intenta una azione come attore in persona propria o mediante un cognitor, non dee prestare alcuna cauzione; ma chi la intenta in nome di un altro, senza che per lui deduca la res in iudicium, dee garentire all' avversario ratam rem dominum habiturum.

Per l' actio in personam, vale la stessa cosa dal lato dell' attore: dal lato del convenuto, se egli stesso mena innanzi il processo non è obbligato a prestare la satisdatio iudicatum solvi, che in casi eccezionali; se poi è rappresentato da un Cognitor debbe sempre prestarla, ed essa debbe essere prestata anche sempre da qualunque altro rappresentante di un convenuto in personam.

Mezzi di guarentigia contro Processi infondati.

§. 18.

Gai. IV. §§. 171 — 182. — T. I. de poena temere litigantium (4, 16).

1) In rapporto al convenuto:

L' opporsi infondato all' azione porta con sè la condanna al doppio (lis infitiando crèscit in duplum), se egli è stato già un condannato validamente di rincontro all' attore, o dee essere trattato siccome tale [68].

In certe azioni l'attore, può pretendere dall' avversario una sponsio poenalis in seguito alla quale in caso di condanna egli può far citare il convenuto nella cosa principale Tale sponsio poenalis nella condictio de certa credita pecunia è diretta al terzo, nell' actio de constituta pecunia alla metà della somma pretesa, negli Interdetti vedi §. 10.

La condanna in certe azioni porta con sè l'infamia.

---

[68]) *Lis infitiando crescit in duplum* nell' *actio iudicati*, nell' *actio depensi* (secóndo la *Lex Publilia* competente allo *sponsor*, che ha pagato pel debitore garentito, ove questi non l'abbia rivalutato entro sei mesi), nell' *actio legis Aquiliae*, e nell' *actio de certa re*. Sull' *actio de modo agri* conf. *Rud.* in *Pu.* §. 157. n. f.

Solamente fuori di questi casi, e se l'azione non implica in sè una azione penale, l'attore può pretendere dall'avversario un iusiurandum calumniae.

2) In rapporto all'attore:

Quando l'attore può pretendere dal convenuto una sponsio poenalis, può questi pretendere dal primo una restipulatio, in forza della quale agire contro di lui nel caso di assoluzione.

Negli altri casi il convenuto può sempre pretendere dall'attore il iusiurandum calumniae, o, se questi ha scientemente agito senza ragione, egli può intentare contro di lui il iudicium calumniae pel decimo, e negli interdetti pel quarto del valore della cosa. In certe azioni (p. es. nelle azioni d'ingiuria) l'attore succumbente può in ogni caso essere convenuto col contrarium iudicium per una quota determinata della somma pretesa nella condemnatio.

2) Extraordinaria cognitio.

§. 19.

T. D. de extraordinariis cognitionibus (50, 13).

In certi casi straordinarii di controversie giuridiche, che si allontanavano dai principii di diritto, generalmente stabiliti, e che divennero

nel terzo periodo sempre più numerose, aveva luogo una procedura giudiziaria extra ordinem (I. II). Essa consisteva in ciò, che il magistratus senza una ordinatio iudicii, sulla domanda dell'attore e dietro citazione del convenuto per mezzo di un lictor, conosceva da sè la causa, quasi fosse iudex, ed emanava la sentenza in forma di un decretum. Una litis contestatio ivi non poteva avverarsi, ma per le conseguenze giuridiche, che nell'ordo iudiciorum ed essa rannodavansi, si considerò come avvenuta, tostochè le parti avessero compiutamente esposte dinanzi al magistrato le loro reciproche affermazioni e pretese (III).

A queste extraordinariae cognitiones appartenevano specialmente quelle, che riguardavano i rapporti di famiglia, i fedecommessi e gli onorarii [69].

I.) Persecutionis verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, ut puto fideicommissorum et si quae aliae sunt quae non habent iuris ordinarii executionem. L. 178. §. 2. D. de V. S. (50, 16).

II.) Actionis verbo etiam persecutio continetur. L. 34. eod.

---

[69]) Per le cause dei fedecommessi si decise sempre con *extraordinaria cognitio*. Claudio stanziò due *Praetores fideicommissarii*, e Tito ne fè rimanere soltanto uno. Conf. *Puchta* §. 88.

III.) — — Lis enim tunc contestata videtur, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit. L. un. C. de litis cont. (3, 9).

3) Appello.

§. 20.

Mentre anticamente nel Processo civile contro il provvedimento di un magistrato non si poteva appellare che ad un magistrato di egual grado o superiore e sempre ai Tribuni, e con ciò avveniva, che, mediante l'intercessione del magistrato invocato, il decreto gravoso divenisse inefficace, ma non potesse da lui essere variato, si sviluppò anche al principio del terzo periodo uno istituto giuridico del tutto nuovo, in forza del quale anche contro la sentenza potesse appellarsi al magistratus, che aveva dato il iudex, e dallo stesso magistrato giusdicente ad un magistrato superiore, e finalmente in ultima istanza al principe. Con tale appello poteva ottenersi una nuova sentenza. La ulteriore pruova, alla quale il magistrato adito sottoponeva la causa, aveva sempre la forma di una extraordinaria cognitio [70].

---

[70]) L'*appellatio* è ammessa contro una valida *sententia*, non contro una *confessio in iure*, nè contro un *iusiurandum*, suoi surrogati. Conf. *Puchta* §. 181. Svoltosi l'isti-

4) Esecuzione.

§. 21.

Può avvenire, che alla esecuzione di una sentenza debba precedere la decisione di una controversia: se, per esempio, è messa in quistione la validità della sentenza. A questo scopo è introdotto un ordinarium iudicium con l'actio iudicati [71].

La esecuzione della sentenza giudiziaria (o della condanna del convenuto mediante confessio in iure), prescindendo dall'autorizzazione del magistrato all'uso dell'obietto, at-

tuto dell'appello una *sententia* non acquistava l'efficacia della *res iudicata*, se non quando non fosse possibile l'appellare. Conf. sop.ª §. 14 in fine.

[71]) Il *dare oportere*, diventato dopo la *litis contestatio condemnari oportere*, dopo la *condemnatio* dells sentenza si risolve in *iudicatum facere oportere*. Questo è detto da Gaio nel passo riportato a §. 12. (testo III). L'*actio iudicati* emana da questa nuova *obligatio*, la quale fino ad un certo punto contiene, come la *litis contestatio*, anche essa una *novatio*. Conf. *Keller* §. 71. e *de Crescenzio* n. in *Keller* §. c.—In quanto al *iudicium* sussecutivo all'*actio iudicati*, *Keller* afferma che solo in casi rari esso potesse avvenire, e questi casi avvenivano, secondo *Puchta*, allorchè il convenuto impugnasse con ragioni sufficienti il dritto dell'attore; come nell'esempio citato dal nostro autore. Vedi *Keller* §. 73. in fine, *Puchta* §. 179.

tribuito in un processo vindicatorio (§. 14), e dai suoi mezzi di aiuto, consisteva, secondo il dritto delle dodici tavole, in una coazione indiretta, rivolta contro la persona del condannato. Essa presupponeva la condanna in una determinata somma di danaro (o la confessio in iure, di essere debitore di questa), quindi nelle legis actiones doveva essere in caso di necessità preparata mediante un arbitrium litis aestimandae [72]. Dopo ciò il condannato, se non pagava il suo debito o non stabiliva un vindex [73], era condotto dall'attore vittorioso dinanzi al magistrato mediante la manus iniectio; ed il magistrato gli concedeva, di menarlo seco e di tenerlo ligato presso di sè per 60 giorni; scorsi i quali, se niuno lo redimeva dopo una triplice e pubblica notificazione del debito, l'attore poteva ucciderlo o venderlo come schiavo trans Tiberim, ovvero anche tenerlo presso di sè in durevole servitù per debito, per fargli scomputare col lavoro il suo credito. La legge concedeva a più

[72]) Conf. *Rudorff* in *Puchta* §. 179. n. s.

[73]) Il principio era: *condemnatus ut pecuniam solvat.* Il *satisfacere*, che avveniva mediante un *vindex* non era ammesso che *ex magna et idonea causa.* Ulpiano, riferendosi all'editto pretorio, ciò spiega con le parole; *quod noluerit Praetor obligationes ex obligationibus fieri. L.* 4. §. 4. *De re iud* (42, 1).

creditori di dividersi il debitore, o di accordarsi tra loro [74] (I).

Accanto a questo dritto di esecuzione personale, che con qualche temperamento [75] rimaneva in vigore anche nel terzo periodo, l'Editto pretorio introdusse una esecuzione patrimoniale. Questa consisteva nella immissione nel possesso (cioè nel naturale compossesso) di tutto l'avere del condannato (missio in bona) [76],

---

[74]) Che i beni del debitore fossero la naturale assicurazione del creditore è estraneo alla primitiva idea romana. L'assicurazione della *obligatio* era la severità della esecuzione personale contro il debitore, il quale era trattato poco meno, che come un ladro; ma da ciò non si deduca, che il non adempire alla obbligazione fosse un delitto. *Mommsen* Storia Romana Vol. I. 11.—L'*in partes secare* è orribile; ma sembra incontestabile. Quanto alla prescrizione, che il debitore dovesse essere venduto come schiavo *trans Tiberim*, la ragione è che il *civis romanus* può esser servo di fatto, ma non di dritto di un altro *civis*.

[75]) Il severissimo dritto contro i debitori, e la loro posizione economica intollerabile causarono i più gravi rivolgimenti a Roma, incominciando dalla prima *secessio*. La *Lex Poetelia* (a. 428 o 441.) introdusse un importante temperamento. Essa da una parte proibì le catene, i ceppi ec., d'altra parte stabilì, che i debitori, giurando di aver beni per pagare, si potessero sottrarre dalla dura servitù per debito, *Var. de LL.* VII, 105 . . . . . *omnes qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, dissoluti. Liv.* VIII, 28. Conf. *Keller* §. 83. *Puchta* §. 162. *Mommsen* S. R. II. 3.

[76]) La *missio in bona* aveva parecchie funzioni. Conf. *Keller* §. 78. Qui è stabilita *rei servandae causa*, e serve come avviamento alla esecuzione ed alla procedura di con-

e nella vendita di esso come un sol tutto (venditio bonorum) mediante un magister, scelto dalla totalità dei creditori nel loro mezzo, ed in modo che il compratore promettesse di addossarsi il pagamento dei debiti sino ad un certo tanto per cento (II) [77]. Dopo una

corso. Una antica *missio in bona* si aveva già come conseguenza del dritto pubblico pei crediti dello stato, derivanti dall' obbligo dell' imposta. Essa e la sussecutiva *bonorum venditio* furono estese per opera dell' editto pretorio ai crediti privati, e non è improbabile, che salvo i casi dell' *indefensus* e della posteriore *cessio bonorum*, il *creditor* avesse la scelta tra l' antica e la nuova procedura esecutiva. — Il diritto, che competeva al *missus* era diretto alla *detentio*, quindi al possesso naturale; e poichè non si escludeva il possesso del debitore, si aveva un compossesso, come dice l' autore; ma non si pensi al vero possesso giuridico. Conf, *Keller* §. 78. Piuttosto guardando alla funzione di garentia della *missio*, si ha in essa la prima idea di un pegno giudiziale. Conf. *Walter* §. 716. Il *missus* era garentito da uno speciale interdetto tanto contro colui, che *dolo malo* impedisce l' immissione, quanto contro chi lo discacciasse dal possesso ottenuto. *L. 1. D. Ne vis fiat ei* (43, 4).

[77]) I beni si addicevano al maggiore offerente, cioè a colui che offrisse ai creditori una maggiore somma per la soddisfazione dei loro crediti. I creditori adunque erano obbligati ad uua riduzione del *tanto per cento* dei loro crediti, secondo la maggiore o minore offerta, salvo il diritto di rivolgersi pel rimanente contro il debitore. Ove si verificasse una pari offerta, è preferito il creditore, e tra i creditori quello che vanta un maggior diritto (*cui maior pecunia debebitur*), ed in lor mancanza un cognato del debitore, *L. 16. D. de reb. auct.* (42, 5). Il *bonorum emptor* è un successore universale pretorio, ed ha un *In-*

Lex Iulia (di Cesare o più probabilmente di Augusto) un debitore insolvente, mediante la volontaria cessione del patrimonio al suo creditore (cessio bonorum) poteva torre a costui la scelta tra la esecuzione personale e la patrimoniale, e nel tempo stesso sottrarsi dall'infamia annessa alla vendita forzosa dei beni [78]. Con ciò egli poteva anche procacciarsi il beneficium competentiae (in forza del quale dovevagli essere lasciato il bisognevole pel mantenimento) [79].

---

terdictum adipiscendae possessionis detto *Interdictum possessorium*, di natura analoga all' *Interdictum Quorum bonarum*. Conf. *Walter* §. 719. Nel terzo periodo si faceva valere in questa procedura di concorso il *privilegium exigendi*. Conf. *Puchta* §. 179. *De Crescenzio Sist.* §. 337. *Arndts* Pand. §. 227.

[78]) La *cessio bonorum* presuppone o una *debiti agnitio* o una *confessio in iure*, o una *condemnatio*, *L.* 8. *D. de ces. bon.* (42, 1). Essa può essere fatta o *in iure* o *extra ius* senza solennità di sorta; quindi anche *per nuncium vel per epistolam*, *L.* 9. *eod.* — La *L.* 6. *C. Qui bon. ad.* (7, 71), ricordando che basti per la *cessio bonorum* la sola *professio*, aggiunge, che con ciò si è evitato l'antico rigore delle leggi: dal che gl'interpetri deducono, che anticamente si richiedevano per essa *solemnia verba*. — *In omni cessione (bonorum) ex qualibet causa facienda, scrupolositate priorum legum explosa, professio sola quaerenda est.* Conf. *Gothof.* n.ª a questa *L.*, *Peretius*, *Prael. ad Cod. h. t. Woet*, *Com. ad. Pand.* (42, 1).

[79]) In virtù del *beneficium competentiae* la condanna si limita *in quantum debitor facere potest*. Quanto agli alimenti per esso riservati, conf. specialmente la *L.* 6. *D. l.*

Soltanto in un tempo anche più recente si ebbe una procedura esecutiva diretta. Dapprima il magistrato concesse sulla dimanda dell'attore un pegno sulla cosa del condannato, e lasciò che questa si vendesse in soddisfazione del credito (pignus in causa iudicati captum); in seguito dietro un comando di restituzione o di esibizione (e più difficilmente ancora dietro un puro arbitrium a ciò diretto) il magistrato faceva procedere alla esecuzione, togliendo la cosa al convenuto manu militari (per mezzo di un servente giudiziario), e trasmettendola al creditore [80].

I.) — — sic enim sunt, opinor, verba legis: Aeris confessi rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunto. post deinde manus iniectio esto. in ius ducito. ni iudicatum facit aut quis endo em iure vindicit, secum ducito, vincito. aut nervo aut compedibus quindecim pondo ne minore aut si volet maiore vincito. si volet suo vivito, ni suo vivit, qui em vinctum habebit,

---

c. La *cessio bonorum*, una volta avvenuta, ha anche per conseguenza, che il Pretore non ammette una ulteriore procedura esecutiva per la soddisfazione dei crediti, rimasti non pagati nella *bonorum venditio*, se non nel caso di considerevoli acquisti (*Si tales tamen facultates acquisitae sunt debitori, quibus praetor moveri possit*). *L.* 7. *D. L. c.* Conf. *Keller* §. 85.

[80]) Conf. in generale *Keller* §§. 83—85, *Puchta* §. 179, *Walter* §§. 715 — 732.

libras farris endo dies dato, si volet plus dato. Erat autem ius interea paciscendi, ac nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta; inter eos dies trinis nundinis continuis ad Praetorem in comitium producebantur, quantaeque pecuniae iudicati essent praedicabatur, tertiis autem nundinis capite poenas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant, sed eam capitis poenam sanciendae, sicut dixi, fidei gratia, horrificam atrocitatis ostentu novisque terroribus metuendam reddiderunt, nam si plures forent, quibus reus esset iudicatus, secare si vellent, atque partiri corpus addicti sibi hominis permiserunt. et quidem verba ipsa legis dicam, ne existimes, invidiam me istam forte formidare. Tertiis, inquit, nundinis partis secanto. si plus minusve secuerunt, se fraude esto. — Gellius. Noct. Attic. XX. c. 1.

II.) Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum. vivorum velut eorum, qui fraudationis causa latitant, nec absentes defenduntur, item eorum, qui ex lege Iulia bonis cedunt; item iudicatorum post tempus, quod eis partim lege tabularum partim edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur. mortuorum bona veneunt velut eorum, quibus certum est, neque heredes, neque bonorum possessores, neque ullum alium iustum successorem existere. (§. 79) Si quidem vivi bona veneant, iubet ea Practor per dies continuos XXX possideri et proscribi; si vero mortui, per dies XV, postea iubet convenire creditores et ex eo numero magistrum creari i. e. eum, per quem bona veneant. itaque si vivi bona veneant. in diebus (X legem bonorum vendendorum fieri) iubet, si mortui, in diebus (V, a quibus tamdem) vivi bona die XX, mortui vero

die X emtori addici iubet *), quare autem tardius viventium bonorum venditio compleri iubetur, illa ratio est, quia de vivis curandum erat, ne facile bonorum venditiones paterentur. Gai. III. §. 78. 79.

Procedura contro i contumaci e gli assenti **).

§. 22.

Se il convenuto comparso in iure trascura gli atti, che gl'inconbono allo scopo della ordinatio iudicii, è trattato come uno validamente condannato (§. 21).

In seguito l'attore, se l'avversario si sottrae col nascondersi fraudolosamente (fraudationis causa latitat), senza che alcuno assuma la sua difesa, o se ad onta del vadimonium accettato (§. 4) non comparisca (vadimonium deseruit), ottiene la missio in possessionem bonorum; e di accordo cogli altri creditori, di ciò avvisati, si passa alla venditio bonorum (§. 21.). L'attore nel caso del vadimonium desertum soffre l'intera perdita del processo.

Similmente l'attore, se la in ius vocatio

---

*) Su questa lezione conf. *Huschke* Dritto del *Nexum* P. 153. Not. 220, e *Iurisp. antei* p. 214. — Nota dell'autore.

**) *O. C. Hartmann*, sul processo contumaciale romano 1851. (*Dernburg* sull'*emptio bonorum* 1850). — Nota dell' autore.

dell'avversario è impossibile a causa di una semplice assenza, senza che egli venga convenientemente difeso, può intanto domandare almeno la missio in possessionem bonorum.

La mancanza di difesa contro una in rem actio a causa di un fondo o di una eredità, ha per conseguenza che l'attore può ottenere il possesso dell'obietto controverso mediante l'interdictum quem fundum ovvero quam hereditatem (I).

Il non comparire di una parte nel iudicium ha per conseguenza, nell'antico dritto, una sentenza in favore dell'assente (II).

Nel diritto ulteriore in questo caso (III), nell'assenza del renitente (contumax) dopo una triplice denuntiatio (nella procedura extra ordinem in conseguenza di un terzo editto perentorio, in essa pubblicato, che può essere anche unum pro omnibus) si viene alla conoscenza della causa sulla unilaterale esposizione e pruova del presente, e senza dritto di appello (Eremodicium). Se l'attore si rende contumace nel termine fissato dall' Editto perentorio (circumductum edictum), allora è perduta per lui non la causa, ma la procedura — Conf. §. 15.

I.) (Sunt etiam interdicta duplicia tam) adipiscendae, quam recuperandae possessionis, qualia sunt in-

terdicta: QUEM FUNDUM vel QUAM HEREDITATEM. Nempe si fundum vel hereditatem ab aliquo petam, nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, sive nunquam possedi, sive antea possedi, deinde amisi possessionem. Ulp, fr. Vindob.

II.) In XII tabulis — ita scriptum est: ante meridiem causam conscito, quom perorant ambo praesentes. post meridiem praesenti stlitem addicito. sol occasus suprema tempestas esto — Gellius. Noct. Att. XVII. c. 2.

III.) Trinis literis vel edictis aut uno pro omnibus dato aut trina denuntiatione conventus, nisi ad iudicem, ad quem sibi denuntiatum est aut cuius literis vel edicto conventus est, venerit, quasi in contumacem dicta sententia auctoritatem rerum iudicatarum obtinet, quin imo nec appellari ab ea potest. Paul. Sent. V, 5. §. 7.

II. FORMA DEL PROCESSO CIVILE ROMANO NEL QUARTO PERIODO.

§. 23.

L'ordo iudiciorum privatorum cadde nel quarto periodo (I). Con una legge di Diocleziano dell'anno 294 (L. 2. C. de pedaneis iudicibus 3, 3) fu tolta la divisione della procedura in ius ed in iudicium, una datio iudicis fu ancora concessa solo in quanto essa dovesse menare i processi meno importanti ad un iudex pedaneus, che trattava per in-

tero la causa ed emetteva la sua decisione [81]. Al posto della in ius vocatio ed editio actionis, e della più recente denuntiatio, nel diritto giustinianeo subentrarono la presentazione di un libellus conventionis al iudex (come avviso dell' azione) *, e la sua insinuazione, congiuntamente ad una citazione giudiziaria [82] del convenuto mediante un esecutore del tribunale. Come litis contestatio valse in generale (II) tutto ciò che era stato considerato come tale nelle extraordinariae cognitiones (§. 19) [83]: non vi ebbe più alcuna exceptio rei in iudicium deductae. La sentenza, ove fosse condannatoria, più non do-

[81]) Il *iudex pedaneus*, trattando da sè per intero la causa, e riunendo gli atti, che si facevano anticamente *in iure* ed *in iudicio*, era un delegato del *magistratus*. Con ciò è sparito il proprio e primitivo concetto della *datio iudicis*, che apparteneva all' *ordinatio iudicii* ed al disusato *ordo iudiciorum privatorum*. Conf. *Puchta* §. 187. Non è dunque a paragonarsi la delegazione del giudice (*causae delegatio*) nè alla antica *mandata iurisdictio* nè strettamente parlando alla passata *iudicis datio*.

*) *Stintzing*, Formole del Processo giustinianeo. Giornale per la Storia del diritto vol. 5. P. 421 ss. — Nota dell' autore.

[82]) La citazione poteva essere orale e scritta. Le *dignitates* avevano dritto alla citazione scritta, *L.* 77. §. 1. *Cod. de dig.* (12, 1). Gl' intimatori delle citazioni dicevansi *executores litium*, §. 24. *Ist. de act.* (4, 6).

[83]) Conf. anche sop.ª N.ª 48.

veva essere diretta ad una somma di danaro; però doveva almeno esser diretta ad un obietto, determinato il più che fosse possibile [84] (III). L'istituto dell'appello ebbe ulteriore sviluppo [85]: anche nella costituzione giudiziaria fu completamente introdotto il sistema della soggezione e dell'accentramento [86]. Ora ha luogo in modo assoluto la esecuzione diretta mediante pignoris capio, perdita della cosa da restituire ec. (§. 21). La missio in bona si presenta solo nella condanna in contumaciam; e nella procedura di concorso non mena ad una venditio bonorum secondo l'antica natura [87].

[84]) La sentenza poteva esprimere p. es. soltanto l'obbligo dell'*id quod interest*, del prestare gli alimenti ec. Nel caso della *L.* 5. §. 25. *D. de agn.* (25, 3), la sentenza avrebbe detto che il liberto presti gli alimenti al suo patrono, *quantum est in facultatibus*.

[85]) Sulle specialità dell'appello nel quarto periodo conf. specialmente *Puchta* §. 187. In questo periodo si trova un mezzo nuovo per impugnare la sentenza, a lato dell'*appellatio* o per supplirvi, cioè la *supplicatio* all'imperatore.

[86]) Sparito l'*ordo iudiciorum privatorum* sparì l'indipendenza del *iudex*. La *delegatio iudicis* ne è una ripruova. Conf. *Puchta* §. 184. e *De Crescenzio* n.ª *in Keller* §. 82. Vedi anche sop.ª N. 81.

[87]) La *venditio bonorum* qui prendeva la forma di una *distractio*, poichè i beni non si vendevano, come una *universitas*, comprendendo attivo e passivo, ma spartitamente; e del prezzo venivano soddisfatti i creditori. La vendita si faceva da un *curator bonorum*, scelto, per accordo, dai creditori. Conf. *Puchta* §. 188.

L' esecuzione personale (mediante pubblica cattura) ha luogo solo, se l' esecuzione patrimoniale è rimasta priva di effetti. Altri piccoli mutamenti non son quì da ricordare.

I.) De ordine et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere: nam quotiens extra ordinem ius dicitur (qualia sunt hodie omnia iudicia), non est necesse, reddi interdictum, sed perinde iudicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset. §. ult. I. de interd. (4, 15).

II.) Patroni autem causarum — — quum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem obiectam, in qualicumque iudicio — — iuramentum praestent — — L. 14. §. 1. C. de iudiciis (3, 1) dell' a. 530.

III.) Curare autem debet iudex, ut omnimodo, quantum possibile ei sit, certae pecuniae vel rei sententiam ferat, etiamsi de incerta quantitate apud eum actum sit. §. 32. I. de act. (4, 6).

III. ESTINZIONE DEL DRITTO DI AZIONE.

§. 24.

Gai. IV. §§. 110 — 113. Tit. I. de perpetuis et temporalibus actionibus et quae ad heredes vel in heredes transeunt (4, 12).

Fino a Teodosio II. le azioni (prescindendo dalla consumptio mediante la litis conte-

statio) potevano essere sempre intentate tanto dagli originari attori quanto dai loro eredi, e tanto contro gli originarii convenuti quanto contro i loro eredi sino a che durasse il dritto stesso con esso difeso [88].

Solo per eccezione si estinguevano:

1) mediante la morte dell'attore o del convenuto le actiones populares e la iniuriarum actio; mediante la morte solo della parte attrice le altre actiones, quae vindictam continent ed anche la rei uxoriae actio; mediante solo la morte del convenuto le azioni ex delicto, dirette alla pena ed all'indennizzo, in quanto avessero per conseguenza una diminuzione del patrimonio del convenuto;

2) mediante la prescrizione, cioè mediante il decorso di un determinato tempo dalla loro origine si estinguevano: le azioni pretorie (segnatamente le penali) ed edilizie, date per un anno (annus utilis) ed anche per più

---

[88]) In questo antico tempo vi erano le *actiones perpetuae* nello stretto senso della parola in contrapposto delle *actiones temporales*. Conf. *Keller* §. 93. *Puchta* §. 208. Ma la regola in vigore in questo tempo *actiones perpetuo dantur* può modificarsi in quanto il dritto stesso, da cui deriva, si perda col decorso di tempo. Così la perdita del dritto di proprietà mediante *usucapio* annulla naturalmente la *rei vindicatio*, così il dritto dello *sponsor* e del *fideipromissor* cessa dopo due anni *ex Lege Furia*; ma qui non è colpita direttamente l'azione, ma il dritto stesso.

breve tempo [89]; certe azioni fiscali; le azioni, con le quali è impugnato lo status di un morto, quale condizione della sua capacità giuridica (secondo un editto di Nerva ciò non poteva avvenire che entro 5 anni dalla morte); la querela inofficiosi testamenti; la cui durata era eziandio di 5 anni [90]. Secondo il nuovo dritto è guarentito il possesso di dieci anni (contro gli assenti di venti), ove abbia una origine legittima; e secondo ulteriori determinazioni il possesso di quaranta, ed infine di trenta anni è difeso per sè stesso contro le azioni derivanti dalla proprietà o da un ius in re (longi temporis, longissimi temporis praescriptio) [91].

Per mezzo di una legge di Teodosio II. dell'anno 424 (L. un. C. Th. de action certo

[89]) A ragione *Puchta* §. 208 N. d. osserva, che il considerare la durata dell'azione, come dipendente dalla durata dell'ufficio è una oziosa congettura, nata dalla somiglianza del tempo, vedi anche *Keller* §. 93. La ragione è intrinseca alla svolgimento del diritto pretorio: il Pretore, introducendo nuovi principii giuridici, introdusse anche la prescrizione annale, come mezzo di certezza dei diritti.

[90]) Queste prescrizioni mirano ad ottenere la finale assicurazione dello *status* e dei diritti ereditarii. Si consultino sulla prima i *TT.* del *Dig.* e del *Cod.* *Ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur.*

[91]) I rapporti della *praescriptio* con l'*usucapio* antica e nuova appartengono alle esposizioni del conteuuto del diritto, e non a quelle delle forme processuali.

tempore finiendis 4, 14. — L. 3. C. I. de praescr. XXX del XL. ann. 7, 39) la prescrizione delle azioni fu elevata a regola. Tutte le azioni, se non si prescrivono in tempo più breve, si estinguono, ove non siano sperimentate entro trenta anni a partire dal momento, in cui possono essere intentate. Per taluni casi la prescrizione si estende sino a quaranta o più anni. Ora chiamansi actiones temporales le actiones che hanno un certo termine, perpetuae quelle che si prescrivono con non intentarle entro i trenta o più anni [92]. In questa prescrizione vale l'accessio temporis (cioè il computo del tempo, nel quale l'auctor è rimasto non molestato).

Mediante la litis contestatio il dritto di azione si perpetua sempre, imperciocchè la sua forma è distrutta, ed il suo contenuto si trasfonde nella imprescrittibile obbligazione processuale [93] (§. 12). Secondo il nuovo dritto,

---

[92]) Le *actiones* non sono ora più *perpetuae* nello stretto senso della parola, conf. sop.ª N. 88.

[93]) Avendo spiegato a N. 66., che nei *legitima iudicia* il dritto stesso intendevasi perduto con lo spirare della lite, si comprende di leggieri, che il principio dello *Scheurl* non è, secondo noi, applicabile al tempo in cui essi vigevano, Qui a rigore non si trattava di Prescrizione di azione, ma di termini fatali che la legge stabiliva per l'esito definitivo del processo. Il perpetuarsi dunque dell' azione, di cui discorre l'autore, è riferibile a quel tempo in cui

per interrompere la prescrizione basta la presentazione del libellus conventionis con la conseguente citazione del convenuto, o anche ogni riconoscimento del dritto dell'attore da parte del convenuto. La prescrizione non decorre, ove degli impedimenti legittimi abbiano fatto ostacolo, perchè l'azione s'intentasse.

---

i processi non erano ligati a termini fatali (L. 9. C. t. c.), e debbe intendersi nel senso che, prima dell'innovazione di Teodosio introdotta l'azione e giunta al punto della *litis contestatio* non era possibile alcuna prescrizione durante la lite. Conf. *De Crescenzio* Sist. §. 87. L'innovazione di Teodosio consistè nell'introdurre una prescrizione di trenta anni a partire dall'ultimo atto processuale (*postquam utraque pars cessavit*): prescrizione che va sotto il nome di *prescrizione della lite pendente*, e che Giustiniano, ammettendola, estese a quaranta anni. La *perpetuatio* dell'azione, che si opera dalla *litis contestatio*, ha poi un altro effetto, cioè di tramutare in *perpetuae* le *actiones temporales*. La *litis contestatio* adunque tanto nei processi introdotti con le prime, quanto in quelli introdotti, con le seconde può essere il punto di partenza della prescrizione della lite pendente, e quindi della *obbligazione processuale* per essa fondata. Conf. *De Crescenzio* §. 87. *Arndts* Pand. §. 110.

—

IV. LA IN INTEGRUM RESTITUTIO, COME DIFESA STRAORDINARIA DEL DIRITTO *).

§. 25.

Non solamente le azioni contrarie al diritto, le quali producono uno stato di fatto, opposto al diritto, ma anche avvenimenti formalmente giuridici e validi (contratti, perdite di dritto per decorso di tempo, validi riconoscimenti ec.), i quali sostituiscano un nuovo e diverso stato giuridico al precedente, possono cagionare un pregiudizio (una lesione). Tal lesione dal punto di vista dell'equità può apparire così opposta al vero dritto (ben distinto dal puro dritto formale), da trovarsi in ciò un giusto motivo (iusta causa) per accordare al dritto perduto una difesa straordinaria per mezzo di un ristabilimento del precedente stato di diritto (in integrum restitutio). L'in integrum restitutio è dunque un aiuto, che si accorda non a norma del diritto formale, ma contro di esso, imperciocchè una autorità giudiziaria, operando a bella posta un mutamento allo stato giuridico, prodotto dall'avve-

*) *Savigny* Sistema vol. 7. §§. 315—343.—Nota dell'autore.

nimento pregiudizievole, considera il precedente stato di diritto, da quell' avvenimento annullato, siccome ancora esistente.

Questo mezzo di difesa giuridica potevano dapprima concedere solo i magistrati superiori sulla base del loro editto. Essi o l' accordavano nel singolo caso mediante decreto, rilasciato dietro una precedente extraordinaria cognitio (§. 19), diretta a riconoscere l'esistenza delle condizioni a norma dell' editto, e così facevano, che direttamente si ottenesse lo scopo, avuto in mira dalla domanda, ovvero stabilivano innanzi tutto un iudicium restitorium o rescissorium, procacciato mediante rescissione, per ottenere il finale scopo della stessa domanda [94]. (Più tardi ed in certi casi tale

[94]) *Puchta* §. 177, spiega assai bene i varii punti da distinguersi nella Procedura dell' *in integrum restitutio* nel tempo classico. Il Pretore senza ordinare un *iudicium* poteva concedere la restituzione e direttamente rimuovere il danno sofferto: il che riusciva, secondo i casi, ad un DECRETUM, che ingiungesse la reale restituzione. Ma il Pretore poteva tenere anche un' altra via: egli poteva decidere sulla *restitutio* mediante *causae cognitio* e *decretum*, e poi ordinare un *iudicium*, il quale, perchè ottenuto mediante *rescissio*, dicevasi *restitutorium* o *rescissorium*. Il primo momento della Procedura davanti al Pretore, che rescinde il novello stato giuridico ristabilendo l' antico, è detto da taluni giuristi *iudicium rescindens* (*Arndts* Pand. §. 123); ma contro la distinzione di un doppio *iudicium* vedi *Sav.* Sist. VI. P. 238.

azione restitutoria fu concessa direttamente dal diritto, e con ciò essa si cangiò da difesa originariamente straordinaria del diritto in difesa ordinaria). Nel diritto più recente la facoltà di accordare l'in integrum restitutio fu di molto allargata.

Anche ora però essa non può essere domandata contro la prescrizione di trenta o più anni, ed il tempo in cui può essere concessa è di un quadriennium continuum (in luogo dell' originario annus utilis) [95].

Il caso principale della restituzione era nel dritto romano classico la minore età, in quanto i minores XXV annis per mancanza di avvedutezza, come è naturale alla loro età, fossero incorsi in un pregiudizio giuridico (I). (La Lex Plaetoria, senza dubio pubblicata attorno all'anno 550, non aveva introdotto pei minori al di sotto di questa età [legitima aetas] e contro una frode a lor danno [circumscriptio], che una difesa per mezzo di determinazioni penali e concessione di una exceptio).

Ma oltre a questo motivo di restituzione furono stabilite nell' editto pretorio anche causae, ex quibus maiores XXV annis i. i. restituuntur: vis ac metus, dolus, ca-

[95]) Controversie su ciò *De Crescenzio* Sist. §. 102. An.

pitis deminutio dell' avversario (II.), absentia, propria o dell'avversario (III.) error.

La prescrizione dell' auxilium i. i. restitutionis incomincia nella restituzione per la minore età col raggiungere della legitima aetas o con la ottenuta venia aetatis; in quella per l' assenza col ritorno, nelle altre (eccetto la capitis deminutio, dove in generale non ha luogo prescrizione) con la rimozione dello stato, che, come motivo della lesione, rende equa la restituzione [96].

I.) Praetor edicit: QUOD CUM MINORE QUAM VIGINTIQUINQUE ANNIS NATU GESTUM ESSE DICETUR, UTI QUAEQUE RES ERIT, ANIMADVERTAM, L. 1. §. 1. D. de minorib. (4, 4).

II.) Ait Praetor: QUI QUAEVE, POSTEAQUAM QUID CUM HIS ACTUM CONTRACTUMVE SIT, CAPITE DEMINUTI DEMINUTAE ESSE DICENTUR, IN EOS EASVE PERINDE QUASI ID FACTUM NON SIT, IUDICIUM DABO. L. 2. §. 1. D. de capite minutis (4, 5).

III.) Verba autem Edicti talia sunt: SI CUIUS QUID DE BONIS DEMINUTUM ERIT, CUM IS METUS AUT SINE DOLO MALO REIPUBLICAE CAUSA ABESSET, INVE VINCULIS, SERVITUTE HOSTIUMQUE POTESTATE ESSET, SIVE CUIUS ACTIONIS EORUM CUI DIES EXISSE DICETUR, ITEM SI QUIS QUID USU SUUM FECISSE, AUT, QUOD NON UTENDO SIT AMISSUM CONSEQUUTUS ACTIONEVE QUA SOLUTUS OB

[96]) Sull' *in integrum restitutio* dal lato processuale conf. in generale *Puchta l. c. Keller* §§. 79. 80.

ID, QUOD DIES EIUS EXIERIT, CUM ARSENS NON DEFENDERETUR, INVE VINCULIS ESSET, SECUMVE AGENDI POTESTATEM NON FACERET, AUT CUM EUM INVITUM IN IUS VOCARE NON LICERET NEQUE DEFENDERETUR, CUMVE MAGISTRATUS DE EA RE APPELLATUS ESSET, SIVE CUI PER MAGISTRATUS SINE DOLO IPSIUS ACTIO EXEMPTA ESSE DICETUR, EORUM RERUM ACTIONEM INTRA ANNUM, QUO PRIMUM DE EA RE EXPERIUNDI POTESTAS ERIT, ITEM SI QUA ALIA MIHI IUSTA CAUSA ESSE VIDEBITUR. IN INTEGRUM RESTITUAM, QUOD EIUS PER LEGES PLEBIS SCITA, SENATUS CONSULTA, EDICTA, DECRETA PRINCIPUM LICEBIT. L. 1. §. 1. ex quib. caus. mai. (4, 6)..

Appendice dell' autore al §. 2.

L' essenza dell' *ordo iudiciorum* (in conformità del piano di questo piccolo libro) si è esposta di sopra, nel §. 2, solo nel suo lato esterno, come una partizione delle funzioni giudiziarie tra il magistrato ed il *iudex*: come una partizione, che generò la divisione di ogni Processo civile ordinario in una duplice procedura *in iure* ed *in iudicio*, e che a preferenza fè apparire l' insieme di questa istituzione presso i Romani, come una *limitazione* del potere e dell' attività delle supreme autorità giudiziarie.

Come *conseguenza* di essa si manifesta una rilevante facilitazione del magistrato ed una certa difesa contro il soperchiante intromettersi di questo nei rapporti privati dei cittadini. Tutte le cause, in favore della dignità e della eguaglianza dell' amministrazione giudiziaria, potevano passare per le mani della suprema autorità giudiziaria senza chè questa si affaticasse di troppo, dovendo per ogni volta ordinare soltanto il processo, ma non deciderlo. D' altra parte l' amministrazione della giustizia doveva guadagnarvi di sicurezza e di fiducia, dappoichè da un lato i capi dello stato potevano in ogni tempo essere direttamente aditi per

la protezione giuridica, e dall'altro dal loro potere, in altri casi illimitato, non dipendeva il finale esito del processo; ma la sentenza, a cui questo riusciva, era riposta nelle mani di private persone, alla scelta delle quali inoltre la volontà delle parti contribuiva più o meno.

L'*interna ragione* poi non si trova nel disegno di raggiungere questo vantaggio.

L'attività giudiziaria nelle liti private ha, secondo la sua interna essenza, due direzioni essenzialmente diverse, ed è di una specie e natura essenzialmente doppia, secondo che segue l'una o l'altra di esse.

L'una delle direzioni consiste nell'aprire all'attore la via giuridica, o, se l'equità il richieda, nel negargli l'azione (*actionem dare, denegare*). Se l'azione è concessa si riesce a costringere il convenuto ad accettare la controversia, ma a costui viene accordata una specie di difesa su motivi di eccezione (*exceptionem dare*); si provvede a ciò, che da amendue le parti si difende con petulante insistenza, ed a ciò che può impedire il mal successo della sentenza; si ottiene la sommissione del convenuto di rincontro alla decisione giudiziaria e sim.—in una parola si accordano reali mezzi di difesa del diritto. La seconda delle direzioni cennate consiste nel togliere senza prevenzione e con completa conoscenza del diritto l'errore intervenuto tra le parti, nel procacciarsi un ben fondato convincimento sulla giustizia della causa per l'una o per l'altra parte, ascoltando e ponderando le loro produzioni e le loro pruove, nel decidere con una sentenza la causa per porre un termine alla controversia—in una parola nel prestare *ideali* mezzi di difesa del diritto. L'attività giudiziaria nelle cause private consiste parte in un *esercizio di potere*, parte in una semplice *trattazione di affare*.

L'esercizio del *potere giudiziario* compete alla *magistratura*. Per la trattazione dell'*affare giudiziario* la magistratura è completemente superflua, se soltanto l'assoggettamento al risultato di essa è divenuta una giuridica necessità per le parti.

In ciò consiste l'interna essenza dell'*ordo iudiciorum privatorum*. Essa dee essere esattamente mantenuta in ogni singola controversia giuridica; e due speciali momenti (Procedure) debbono organarsi per ciò che compete al dominio del *potere giudiziario*, e per ciò che compete a quello dell'*affare giudiziario*: quel primo momento appartiene alla Procedura *in iure* (dinanzi al *magistratus iuri dicundo*), questo secondo al *iudicium* (alla Procedura dinanzi a persone private, dinanzi a *iudices*).

L'*ordo iudiciorum privatorum* non era un provvedimento, che avesse in mira certi vantaggi, ma era la compiuta e conveniente espressione del chiaro concetto, che si aveva, del duplice intervento giudiziario nelle controversie. Esso adunque, come ogni forma partorita dalla essenza della cosa, doveva mostrarsi immancabilmente ed in molte guise profittevole.

Appendice del traduttore al §. 1.

Si è ammessa da molti giuristi una terza specie di azione, come misto di *actio in rem* ed *in personam*, fondandosi sul §. 20. *Ist. de act*, (4, 6). *Quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur*, *tam in rem quam in personam*. Son queste le così dette *actiones mixtae*, *scilicet reales et personales*, come disse l'Aretino, e ad esse riferisconsi le tre azioni divisorie, *actio familiae erciscundae*, *communi dividundo*, *finium regundorum*. Indipendentemente dall'essere dette queste azioni anche *mixtae* in un altro senso, come *duplices*, noi crediamo con la maggior parte dei giuristi moderni, che questa terza specie di azione non sia ammisibile. Essa parve alquanto difficile a giustificarsi anche ad un antico interpetre, il quale osservò, che quella specie di azione *percipitur intellectu et*

non demonstratur oculis. Gli antichi interpetri si sforzano a spiegarne il concetto con la considerazione, che l'*actio in rem* presuppone, che si chieda la cosa *iure dominii* o per altro dritto analogo, e che per essa possa dirsi il *meum est* nel senso romano; mentre nell'*actio in personam* ciò non avviene, ma la cosa, obietto della pretesa, appartiene ad altri, a colui che è obbligato con noi. Si credè di ravvisare amendue questi caratteri nelle *actiones mixtae*. Difatti l'interpetre citato, alla enunciazione della difficoltà superiormente ricordata, fa seguire la sua giustificazione con le parole: *In quantum ego peto talem rem ex eo iure, quod ego habeo in ea, ista actio est realis. Sed quia peto illam rem vel peto portionem quam tu habes in ea, tunc est actio personalis* [a]). Altri interpetri spiegano la natura mista delle azioni divisorie, considerando che esse, mentre fondansi sopra un *ius in re*, portano per conseguenza frutti, danni ec., che sono *prestationes personales*. Ciò ha fatto da certi giuristi, tra i quali il *Cuiacio*, ammettere anche una quarta *actio mixta*, la *petitio hereditatis*. Veramente a considerare in generale la cosa si manifesta a primo aspetto, che un *actio mixta* non è possibile *natura*, come si è voluto da certi interpetri. Questi talvolta hanno ammesso, che quanto all'*origo* le azioni divisorie sono personali: difatti non vi ha tra i dritti, che il dritto reale ed il personale: un dritto misto non vi è, nè può esservi. Ma se duplice soltanto è la causa dell'azione, la distinzione sottile e scolastica degli interpetri, cade da sè. Il *Woet.* [b]), ritenendo la natura mista di queste azioni, pensa che esse siano *primario actiones in rem, secundario in personam*: il che è a dirittura contrario al fondamente delle azioni divisorie, che presuppongono rapporti di obbligazioni, e confonderebbe esse azioni con la *rei vindicatio* e le azioni ad essa analoghe. Noi vogliamo prescindere dalla difficoltà che si è fatta a questa terza specie di

---

a) Conf. *Oinot. Ist.* §. 20. *de act.*

b) *Woet. Com. ad Pand.* (10, 1).

azioni col testo stesso delle istituzioni, le quali nel §. 1. del *Tit. de act.* hanno ammessa come *summa divisio*, l'*actio in rem* e l'*actio in personam*, e con la spiegazione grammaticale del verbo *videntur* usato nel §. 20. Ma noi non possiamo non riconoscere quel che ha notato già *De Crescenzio* nella sua nota in *Keller* P. 327, che nelle azioni divisorie non viene affatto in quistione un *ius in re*, e che se p. es. si muova quistione sulla qualità di *heres* di chi intenta l'*actio familiae erciscundae*, questa non è più ammisibile. *L.* 25. §. 4. *Fam. her.* (10, 2) [a]). Sola la *L.* 1. §. 1. *eod.* fa il caso eccezionale in cui il *iudex* nello stesso *iudicium familiae erciscundae* debba giudicare incidentalmente sulla qualità di *heres*, cioè quando l'attore nel *iudicium familiae·erciscundae* sia possessore della sua parte. Può dunque dirsi col Vinnio [b]), che è della nostra opinione, che nelle azioni di divisione non interviene una *quoestio proprietatis*, e che per conseguenza esse sono per natura azioni personali. Giusta è la spiegazione che i moderni danno del senso come debba essere intesa l'*actio mixta* nel §. 20. *Ist.* già citato, cioè che quella espressione riferiscasi all'antico processo formulario, in cui trattandosi delle tre azioni divisorie, l'*intentio* era concepita *in personam*, l'*adiudicatio in rem* [c]).

---

[a]) Conf. *Oinot. l. c.*

[b]) *Ist.* §. 1. *de act.* (4, 6).

[c]) Conf. *De Crescenzio*. Sist. §. 80. An. 2. *Puchta* §. 167.



FINE.

INDICE.

A pagina 14 n. verso ultimo invece di *actio in rem* si corregga *actio in personam.*



DRITTO NATURALE
SULLA BASE DELL'ETICA

O

FILOSOFIA DEL DIRITTO

DI

ADOLFO TRENDELEMBURG

Prima versione Italiana

sulla

2.ª edizione tedesca

DI

NICCOLA MODUGNO

L' opera uscirà in quattro puntate, ciascuna di circa 150 pagine in 8.°

Due puntate formeranno un volume. Il costo di tutta l' opera sarà di Lire 10 da pagarsi, L. 5 alla ricezione della prima puntata, e L. 5 alla ricezione della terza.

La prima puntata sarà pubblicata nell' aprile prossimo, la seconda nel luglio, la terza nel settembre, e la quarta nel novembre.

Le associazioni si ricevono presso l' Editore, e presso i principali librai d' Italia.

Napoli 2 marzo 1872.

